

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA LÉGISLATION NOUVELLE
SUR LES
CONDITIONS DU MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 19 Juin 1908, à 1 heure

PAR

Jean MARCADÉ

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur
Suffragants { *MM. PLANIOL, professeur*
 { *TISSIER, professeur*

PARIS V.
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA LÉGISLATION NOUVELLE

SUR LES

CONDITIONS DU MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 19 Juin 1908, à 1 heure

PAR

Jean MARCADÉ

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur

Suffragants { *MM. PLANIOL, professeur*
TISSIER, professeur



PARIS V^e

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*Hommage d'affection à mes parents et de
reconnaissance à mes grand'pères qui ont
été pour moi des Maîtres.*

LA LÉGISLATION NOUVELLE
SUR LES
Conditions du Mariage

INTRODUCTION

Parmi les questions sociales dont la discussion est à l'ordre du jour, celle du mariage est aujourd'hui passionnément débattue.

Philosophes, jurisconsultes, économistes, littérateurs en dissertent ; la tribune, le livre, le théâtre même s'y consacrent ; tout le monde s'y intéresse.

C'est qu'en effet, la cause du mariage présente au point de vue social un double intérêt :

D'abord le mariage, seule union de l'homme et de la femme reconnue de la morale comme du droit, est le principe unique de la famille légitime, qui crée et protège, sous le couvert des lois, les individus, cellules dont l'agrégat forme la société ; il est la règle juridique et

morale en dehors de laquelle la loi refuse de reconnaître des rapports domestiques ; il importe donc à la société, comme à sa propre cause, qu'il se multiplie dans les meilleures conditions de fonctionnement et de durée, afin que le corps social qu'il établit et entretient, soit fort et bien constitué. Le nombre et la facile conclusion des unions matrimoniales garantissent le sain établissement de la société.

Montesquieu a exprimé la même idée ; « C'est une règle tirée de la nature que plus on diminue le nombre des mariages... plus on corrompt ceux qui sont faits ; moins il y a de gens mariés, moins il y a de fidélité dans les mariages, comme lorsqu'il y a plus de voleurs, il y a plus de vols (1). »

L'union matrimoniale est aussi une source d'énergie parce qu'elle constitue l'un des facteurs de la natalité. Or, à ce point de vue, on constate actuellement en France une progression de plus en plus faible. La statistique le révèle (2) : il y a déséquilibre entre les deux bases qui font varier le chiffre de la population : les naissances et les décès. L'excédent des premières est

1. *Esprit des lois*, Livre XXIII, chap. I.

2.	Naissances	Décès	Excédent
	—	—	—
1900	827.297	853.285	en décès 25.988
1901	857.274	784.876	en naissances.. 72.398
1902	845.378	961.434	» 83.944
1903	826.712	753.606	» 73.106
1904	818.229	661.203	» 57.026
1905	807.291	770.171	» 37.120
1906	806.847	780.196	» 26.651

chaque année plus faible, et on peut prévoir, à brève échéance, le moment où ces deux éléments se compenseront, pour se solder bientôt par un excédent de décès.

Ce qui prouve la corrélation de la natalité et du mariage, c'est que celui-ci traverse actuellement aussi une période critique. A quoi est due cette « crise du mariage » ? Comment y porter remède ? Il ne rentre pas dans notre programme d'étudier l'étiologie de cette phase matrimoniale. Faut-il la rattacher à des causes morales, sociologiques, juridiques, fiscales, économiques ? Peut-être à toutes. Mais la recherche en est étrangère à l'objet de ce travail. Il suffit de faire remarquer que ce que l'on entend par « crise du mariage », ce n'est pas la faillite plus ou moins complète de l'institution par insuffisance d'adeptes, caractérisée par la répugnance des individus pour le lien matrimonial, ou même la diminution du nombre des unions ; bien au contraire, ce nombre croît fort régulièrement, et son processus serait rassurant si l'on ne voyait progresser parallèlement, mais avec plus de rapidité, celui des divorces : le chiffre atteint en 1906 est le plus élevé qu'on ait relevé depuis que fonctionne la loi due à l'initiative de M. Naquet (1).

1.	Mariages	Divorces
1900	299.084	7.157
1901	303.469	7.741
1902	294.786	8.431
1903	295.996	8.919
1904	298.721	9.860
1905	302.623	10.019
1906	306.487	10.573

En sorte que si, depuis dix ans, les célébrations de mariages n'ont jamais été plus nombreuses qu'actuellement, le bénéfice en disparaît devant la déplorable facilité des divorces.

Il faut en conclure que pour remédier à la situation présente, il serait utile, plus encore que de multiplier les unions, de prendre des mesures pour en assurer la stabilité et la durée ; tout au moins ne faut-il pas, sous prétexte de faciliter les mariages, en compromettre la solidité par des dispositions imprudentes.

Quoi qu'il en soit, la réforme du mariage tente actuellement les initiatives, tant privée que parlementaire : elle a servi de base à la constitution d'un comité de jurisconsultes et de littérateurs ; elle a abouti, d'autre part, à la loi du 21 juin 1907 dont nous nous sommes proposé l'examen.

Cette loi a été votée sur une proposition de M. l'abbé Lemire, député du Nord, à qui est due également la loi du 20 juin 1896 sur le mariage. — Elle s'est fixé comme but de rendre plus aisé l'accès de l'institution matrimoniale en simplifiant certaines formalités ordonnées par le Code, et en diminuant les frais que nécessite sa célébration. Nous verrons dans quelle mesure ce but a été atteint.

L'étude que nous entreprenons n'est pas un commentaire. Nous n'avons pas recherché l'explication exégétique de la loi. Ce n'est pas non plus une dissertation sociologique sur les avantages comparés du mariage et

des unions qui s'y pourraient substituer. C'est un examen strictement juridique des nouvelles dispositions de la loi.

Chacune de ces dispositions fera l'objet d'un chapitre ; nous la ferons précéder d'un bref aperçu historique sur ses précédents, qui fera mieux ressortir les actuelles innovations ; nous la considérerons ensuite en elle-même, et dans ses rapports avec l'état législatif immédiatement antérieur, en tenant compte, d'après les travaux préparatoires, de l'esprit dans lequel elle a été conçue ; nous la ferons suivre des sanctions que la loi lui a données comme corollaire. Enfin nous émettrons à son sujet les appréciations critiques qui nous sembleront s'y adapter.

Nous grouperons ces chapitres en deux sections selon leur caractère de conditions extrinsèques ou intrinsèques du mariage.

D'après ce plan général, nous ferons de notre travail la division suivante :

I. — *Conditions extrinsèques*

1^o Publications.

2^o Domicile matrimonial.

II. — *Conditions intrinsèques*

1^o Minorité matrimoniale.

2^o Majorité matrimoniale.

3^o Oppositions.

SECTION PREMIÈRE

CHAPITRE I

Des Publications

I. — HISTORIQUE

Il ne semble pas que l'étude historique de la publicité des projets de mariage doive remonter à une période antérieure au XIII^e siècle : la législation romaine, enfermant la plupart des institutions dans un cadre rigide de règles précises et impératives, avait affranchi le mariage de toute intervention des pouvoirs publics, tout au moins dans sa forme la plus récente et la plus répandue du *matrimonium sine manu*. Cette institution qui intéresse au plus haut point l'ordre social, dont elle est une des bases, elle l'avait conçue comme un simple contrat d'ordre privé à peine distingué du concubinat par des présomptions variables suivant les épo-

ques. A plus forte raison comprend-on que, libre dans sa formation, ce contrat ait été dépourvu de toute réglementation dans ses conditions extrinsèques. C'est l'Église qui crée de toutes pièces et rend obligatoire un ensemble de formalités préliminaires au mariage, dont le non-accomplissement suppose une dispense ou entraîne une sanction. Néanmoins, quoique cette influence ecclésiastique se fasse sentir bien avant, ce n'est qu'au ^{xiii}^e siècle qu'on se trouve en face d'un système, à peine ébauché il est vrai, mais cependant tel qu'on puisse y rattacher l'origine de notre actuelle publicité matrimoniale. En effet, on trouve dans le recueil de capitulaires de *Benedictus Levita*, de 845, une déclaration aux termes de laquelle « celui qui veut contracter mariage doit aller trouver le prêtre ; ce dernier se livrera à une enquête pour établir qu'il n'y a aucun empêchement ».

Cette coutume, qu'on ne peut assimiler que de loin à une publication, perdit d'ailleurs son caractère général, et ne subsista que dans un certain nombre de diocèses où elle était prescrite par l'évêque.

C'est seulement en 1213, dans une épître décrétale d'Innocent III à l'évêque de Beauvais (chap. XXVII, de *Sponsalibus*), que se trouve la première mention de la forme de publicité qui devait s'appeler jusqu'en 1792 *les bans de mariage*, et qui porte alors le nom de *denunciationes* ou *banni*. Généralisé, cet usage prit force de

loi quand il eût été établi sous le même pontificat par le IV^e Concile de Latran.

Tel fut le principe. Quant à son application elle semble avoir été longtemps incertaine, et son introduction dans les mœurs, difficile. Le Concile avait laissé la plupart des points de détail au libre arbitre de ceux qui devaient avoir à interpréter sa décision, et jusqu'au xv^e siècle, le système resta mal coordonné. Le nombre des publications, leur intervalle, le lieu où elles devaient être faites, notamment au cas où les futurs époux étaient de paroisses différentes, l'appréciation des empêchements dont la révélation était un devoir sans que la preuve en fut l'obligation corrélatrice, l'admission ou le rejet des dispenses, et tant d'autres points secondaires étaient laissés à l'arbitraire soit des évêques, soit des curés appelés à célébrer les mariages.

Territorialement, l'application du IV^e Concile fut plus ou moins effective suivant les régions ; presque complètement méconnu dans le Midi, il était suivi au contraire au xiv^e et xv^e siècles en Normandie, ainsi qu'en témoigne le registre de l'Officialité de Cerisy (1).

La législation canonique resta ainsi flottante et indécise jusqu'au milieu du xvi^e siècle (2). De 1542 à 1563 le

1. Esmein. *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 188, et suiv.

2. Ce n'est cependant pas faute de textes : De 1213 à 1551, dix-sept Conciles luttent contre la clandestinité du mariage et recommandent les bans : notamment le Concile de Lyon de 1449 :

« Ad evitanda clandestina matrimonia prælati in suis diocœsibus subditis, prohibeant ne contrahantur matrimonia per verba de præsentis nisi

Concile de Trente émit quelques données précises :

La publication s'opère par trois bans, trois jours de fête consécutifs ; la compétence exclusive en est attribuée aux curés des paroisses où sont domiciliés les intéressés.

Au cas de récent changement de domicile, la publicité du mariage est prescrite cumulativement à l'ancienne et à la nouvelle paroisses. Enfin, si les deux futurs conjoints sont de paroisses différentes, il est nécessaire de publier les bans dans chacune d'elles.

Ces prescriptions ne furent pas observées en France, comme faisant partie des décrets (décisions disciplinaires) du Concile de Trente, dont les canons (décisions dogmatiques) furent seuls acceptés.

Rien ne fut changé à la législation civile jusqu'à l'ordonnance de Blois de 1579 (1).

Les dispositions de cette ordonnance (2), analogues à celles du Concile de Trente déterminent la forme des bans, leur nombre, leurs circonstances de temps et de lieu, la compétence du prêtre et règlent plusieurs questions connexes :

intra fores ecclesiae parochialis... sponsalibus et tribus bannis prius per ipsum curatum proprium vel ejus vicarium aut ab eo publice commissum... nec faciliter dispensent ipsi praelati super bannis. »

1. Art. 40. — « Avons ordonné et ordonnons que nos sujets de quelque état, qualité ou condition qu'ils soient ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation précédente de bans, après lesquels bans, seront épousés publiquement. »

2. Le détail en est rapporté par Pothier. *Traité du contrat de mariage*, 2^e partie, chap. II.

D'abord la publication dont la forme est orale se fait à haute voix en langue vulgaire et mentionne les noms, prénoms, surnoms, qualités et demeures des parties et de leurs pères et mères ; elle est faite par le curé de la paroisse, son vicaire, ou le prêtre par lui délégué à cet effet ; la compétence leur en est réservée en tant que fonction curiale (arrêt du Parlement de Toulouse du 3 février 1692), et défense est faite à tous officiers de justice sous des peines sèveres, de s'immiscer dans ces fonctions : un arrêt du Parlement de Paris du 12 mars 1614 frappa d'une interdiction de six semaines et d'une amende de 24 livres parisis un « sergent » qui avait méconnu cette prohibition.

Quant à la paroisse où elle doit se faire, c'est celle du lieu de la résidence ou des lieux de résidence des parties. Il est à remarquer ici que l'ordonnance de Blois, innovant sur les dispositions du Concile de Trente, ne tient compte que de la résidence ordinaire des intéressés quand bien même elle ne correspondrait pas à leur domicile de droit « parce qu'ils n'y sont pas à perpétuelle demeure, mais pour raison de quelque emploi amovible qu'ils y exercent ». Il ne semble pas, d'ailleurs, qu'elle ait pris soin de déterminer le critérium du domicile et de la résidence, ni les conditions de durée de cette dernière.

- Elle a seulement établi que, quand une partie aurait changé de paroisse depuis moins de six mois entiers, les bans devraient être publiés à la fois dans son an-

cienne paroisse et dans la nouvelle ; et qu'il faudrait faire de même à l'ancien diocèse que l'intéressé aurait quitté depuis moins d'un an révolu.

Les parties mineures doivent faire publier leur projet de mariage à la paroisse de leur résidence, c'est-à-dire à leur domicile de fait ; et, de plus, à celle de leurs père et mère, tuteur ou curateur, qui constitue leur domicile de droit.

En ce qui concerne le nombre des publications, l'ordonnance de Blois prescrit que : « Les bans seront publiés par trois divers jours de fête avec intervalle compétent. » Par « jours de fête » Pothier dit qu'il faut entendre les « dimanches » et les jours fériés par le peuple. Mais ici se trouve une lacune dans la rédaction de l'ordonnance : elle n'a pas fixé la durée de ce qu'elle entendait par « intervalle compétent », c'est-à-dire le temps minimum qui doit s'écouler entre les publications pour que leur ensemble soit valable.

Aussi les statuts synodaux ou les diocèses fixaient-ils à leur guise cet intervalle : il était d'un jour dans le diocèse d'Orléans.

De même, variait le temps maximum pouvant s'écouler entre la célébration du mariage et les bans, ce qu'on pourrait appeler leur « durée d'efficacité » ; elle semble avoir varié suivant les diocèses entre quatre et six mois.

Enfin l'ordonnance déterminait certaines règles de détail ; elle prescrivait aux curés de s'assurer, avant

toute publication, du consentement des parties ; de se faire représenter, si celles-ci sont en puissance d'autrui, le consentement des père et mère, du tuteur ou du curateur. Confirmation en fut donnée par une déclaration de Saint-Germain-en-Laye du 26 novembre 1639, qui décida que la proclamation des bans serait faite par le curé de chacun des futurs époux, avec le consentement de leurs père et mère, tuteur ou curateur s'ils sont enfants de famille ou en la puissance d'autrui.

L'objet de cette déclaration n'a pas été reproduit depuis. Ni la législation intermédiaire, ni les Codes, ni les lois subséquentes ne prescrivent de s'assurer du consentement des parents à la publication ; les seules mesures relatives à ce consentement s'appliquent à la célébration du mariage ; de la validité de l'union elle-même, dépend celle des formalités préliminaires. Ainsi disparut aussitôt que créé le système des oppositions aux bans, que Pothier lui-même dit n'avoir eu d'autre utilité que celle des oppositions à mariage,

Quelle influence le défaut de publications avait-il sur la validité du mariage subséquent, et quelles sanctions accessoires entraînait-il ?

Il semble bien que, quant au premier point, la question ne se pose pas avant le Concile de Trente : le droit canonique connaissait bien une théorie des mariages clandestins, mais il admettait plusieurs degrés de clandestinité et, s'il frappait le mariage non précédé de bans de certaines pénalités, il n'en admettait pas moins la

validité. Bouillier le constate dans la *Somme rurale* : « Mariage est un lien à proprement parler qui se fait par le consentement de l'homme et de la femme, puis-que les cœurs d'eux se consentent à avoir l'un et l'autre à mariage, combien que autres formalités de bans et fiançailles n'en fussent faites. »

Après le Concile de Trente, une ardente controverse naquit à propos de cette sanction du défaut de bans ; tandis que les uns, se basant sur l'incompétence du curé célébrant le mariage sans l'avoir fait précéder des publications, prétendaient une telle union entachée de clandestinité, et, comme telle, frappée de nullité ; — les autres arguaient du défaut de dispositions expresses dans le nouveau décret du Concile pour se prévaloir de la formule : « Pas de nullité sans texte ». La doctrine commençait à se fixer dans ce dernier sens, quand intervint l'ordonnance de Blois ; son article 40 était ainsi conçu : « Nos sujets ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation précédente de bans. » Se basant sur cet article, un arrêt du Parlement de Paris de 1584, suivi d'autres, puis l'édit de 1606, enfin la déclaration de 1639, se prononcèrent pour la nullité.

Enfin des décisions postérieures de justice admettent entre les deux opinions extrêmes un moyen terme fondé sur une distinction : un mariage non publié fut estimé valable, contracté entre majeurs, alors que contracté par un mineur, il fut déclaré nul pour clandestinité. Tel est le sens dans lequel statue le Parlement de

Paris par un arrêt rendu en 1691 sur conclusions du Chancelier d'Aguesseau ; tel est aussi celui d'une déclaration royale de 1692. Il en résultait qu'une action en nullité pour défaut de publications était destinée à échouer contre un mariage contracté entre majeurs, ou entre mineurs, munis du consentement de leurs parents, dont l'union ne pouvait être déclarée clandestine.

Cette controverse intéressant la validité du mariage s'était débattue sans préjudice de sanctions accessoires : celles-ci comportaient des pénalités et des déchéances ; les premières, fixées par le Concile de Latran et conservées par celui de Trente, consistaient soit en peines canoniques portées par l'Official contre les conjoints et le prêtre célébrant, soit en amendes et actions en dommages-intérêts poursuivies devant la juridiction civile ; parmi les autres, la principale, prononcée implicitement par le Concile et expressément par des décisions postérieures, résidait dans le refus aux unions frappées de nullité, des avantages accordés aux mariages putatifs.

II. — LA PUBLICATION

Ayant ainsi étudié les précédents historiques des publications, nous nous proposons d'aborder l'étude de l'institution elle-même dans la période la plus récente, comprenant la législation d'hier, le Code civil, et sa réglementation actuelle, œuvre de la loi de 1907. Nous mentionnerons au fur et à mesure des explications les

quelques modifications y apportées par la législation intermédiaire, et notamment par la loi du 20 septembre 1792.

Dans le but de rendre cette étude plus claire et d'en rendre les détails plus sensibles, nous la diviserons en cinq paragraphes relatifs à :

- 1° Nombre et mode des publications. Question de l'intervalle compétent ;
- 2° Délai d'efficacité ;
- 3° Lieu de la ou des publications ;
- 4° Dispenses de publication ;
- 5° Pénalités sanctionnant ces règles

1°. — *Nombre et mode de publications*
Intervalle compétent

Article 63. — Dans son article 63, le Code prescrivait deux publications à huit jours d'intervalle :

« Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche devant la porte de la maison commune... »

Ainsi posait-il une règle intermédiaire entre celle de l'ancien droit (nous avons vu que l'ordonnance de Blois établissait trois publications) et celle de la loi de 1792 qui n'en maintenait qu'une seule. Et, en voulant que les publications soient faites un jour de dimanche, il em-

pruntait au droit révolutionnaire (arrêté du 7 thermidor an VII) (1).

La loi de 1907 est revenue à l'unité :

« Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune ».

Et, de prime abord, le mode de publicité antérieur au mariage semble complètement modifié. L'expression « par voie d'affiche » dont l'idée se trouve confirmée dans la suite de l'article par les mots : « L'acte sera transcrit » et non plus « l'acte sera inscrit » — indique clairement que la forme de la publication ne sera plus orale, que l'officier de l'état civil « ne fera plus la publication devant la porte », mais bien « l'apposera » au dit endroit. En réalité, cette nouvelle manière de procéder n'a pour effet que de mettre la règle législative en accord avec les faits qui se trouvaient constamment en conflit avec elle. Et on peut dire que tel a été le principal et le plus irréfutable argument du législateur de 1907 en faveur de l'unité de publication.

M. l'abbé Lemire, dans sa proposition de loi, l'a fait valoir en ces termes :

« Il n'y aurait aucun inconvénient à réduire à une seule les deux publications qu'exige l'article 63 du Code civil.

1. « La publication sera faite un jour de décadi, à l'heure et dans le lieu des séances municipales. »

Rapporté par arrêté du 13 floréal an X.

« Dans la pratique on a renoncé aux publications orales. Les officiers de l'état civil se contentent de faire afficher un extrait de la promesse de mariage dans un cadre grillagé réservé à cet effet, et généralement suspendu à côté de la porte du bureau de la mairie. D'après l'article 64, il faudrait afficher successivement deux extraits.

« A quoi bon imposer à l'état civil un travail absolument inutile, et qui consiste à écrire deux fois, et à transcrire deux fois, sur le registre *ad hoc*, la même pièce ?

« Dans la pratique, l'affiche n'est point renouvelée, on se contente de la laisser subsister ».

Si nous admettons ces considérations, réserves faites sur l'allégation « que d'après l'article 64 il faudrait afficher successivement deux extraits », ce qui, nous le dirons plus loin, est sujet à controverse, si nous y joignons ceci que dispense peut être, et est facilement accordée de la seconde publication, nous conviendrons que la réduction à une seule du nombre des publications est justifiée tant au point de vue théorique, puisqu'elle met les faits en accord avec le droit, que pratique puisqu'elle supprime des formalités inutiles.

Tel est le seul changement appréciable apporté à l'article 63. Le reste de sa teneur, si on fait abstraction d'une rectification orthographique dont l'intérêt, d'ailleurs, échappe, n'est modifié que par l'adjonction du

mot « et résidence » que la coordination avec les autres articles de la loi rendait nécessaire.

Toutes les mentions et celles-là seulement qui étaient ordonnées antérieurement subsistent au nouvel article 63.

En conséquence, les officiers de l'état civil devront continuer à suivre la circulaire du ministre de la Justice du 8 août 1904, aux termes de laquelle il leur est interdit d'indiquer dans les publications la qualité de légitimés ou de naturels des enfants de famille dont ils publient le projet d'union.

Article 64. — Aux termes de l'article 64 nouveau « l'affiche prévue en l'article 63 restera apposée à la porte de la maison commune pendant dix jours... et le mariage ne pourra être célébré avant le dixième jour depuis et non compris celui de la publication ».

Le même article dans son ancienne forme avait prescrit entre les deux publications qu'il établissait une durée obligatoire d'une semaine, la semaine à s'écouler entre les deux dimanches d'affichage. La loi nouvelle substitue à cet intervalle de compétence ce qu'on peut appeler un « délai de compétence » de dix jours. Comment doit-on le calculer ? Question que solutionne l'article et à laquelle on peut répondre dans des termes plus techniques : le *dies a quo* ne compte pas, mais il faut comprendre dans le délai le *dies ad quem* ; par exemple, si la publication est faite le vendredi 10 décembre, le mariage pourra être célébré le lundi 20, parce que le premier jour du délai est le samedi 11 et le

dernier à y faire compter est le lundi 20. A quelle heure aura lieu la célébration ? Elle importe peu, la loi n'a, en effet, rien disposé d'impératif ; les principes s'appliquent donc, et on doit décider que le délai se comptera par jours et non pas par heures.

Mais peut-on ajouter qu'elle constitue sur la législation antérieure un grand progrès. un pas définitif vers la simplification des formalités du mariage ? Nous ne le croyons pas ; cet effet est dû à une réticence introduite après coup dans la teneur du projet, et qui a eu pour conséquence de donner un caractère timide à l'innovation qui nous occupe, et d'en tronquer les résultats.

En voici l'explication :

L'article 1^{er} de la proposition de loi Lemire avait été adopté en première délibération et contenait entre autres dispositions la suivante :

« Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée un jour de dimanche à la porte de la maison commune. »
Lors de la seconde délibération à laquelle fut soumise cette proposition, M. le sénateur Gourju proposa un amendement aux termes duquel les mots « un jour de dimanche » seraient supprimés ; cet amendement était destiné à « mettre la nouvelle législation sur les formalités du mariage en harmonie avec la législation, nouvelle aussi, sur le repos hebdomadaire » ; il devait faire disparaître l'antagonisme de deux dispositions légales dont l'une ordonnait impérativement aux employés de

mairie un fait actif, alors que l'autre leur commandait ou serait appelée à leur commander un jour ou l'autre une abstention.

La Commission du Sénat, consultée, acquiesça à cette modification ; mais, en revanche, elle y posa une condition : se basant sur ce fait plus ou moins vérifié, que l'affichage a plus d'efficacité le dimanche, à raison de ce fait qu'en province les paysans venus au bourg à l'occasion des offices et du jour de repos, sont censés s'intéresser à la publicité des mariages, la Commission, sur les instances de M. Deshayes, commissaire du gouvernement, exigea l'insertion, à l'article 64 du Code civil, qui prévoyait l'affichage pendant dix jours, des trois mots « dont deux dimanches » qui allaient en changer toute la portée.

Deux conséquences en découlent tout naturellement : la première consiste en ce que l'utilité de la réduction du nombre des publications se trouve considérablement restreinte.

En effet, si l'on veut réduire le délai de compétence à son minimum de dix jours, la publication ne pourra se faire que de deux façons. Soit le samedi, pour le mariage avoir lieu le mardi de la deuxième semaine suivante ; soit le vendredi pour le mariage être célébré le lundi de cette seconde semaine. Et encore la seconde alternative est-elle interdite à Paris et dans les grandes villes de province où la pratique municipale ne permet de célébrer les mariages que trois fois par semaine, les

mardis, jeudis et samedis. En dehors de cette constatation que le progrès d'une telle combinaison sur la précédente est de peu d'étendue, nous touchons ici au second inconvénient de la combinaison : Une publication étant faite comme nous l'avons supposé en dernier lieu, aucune opposition n'aura le temps de se produire entre le second dimanche et le lendemain lundi, jour de a célébration.

D'où on peut, semble-t-il, formuler le dilemne suivant :

Ou bien il était nécessaire de comprendre dans le délai de compétence deux dimanches pour favoriser l'apparition des oppositions ; et alors le nouveau délai imparti est trop étroit, puisque lesdites oppositions n'ont pas le temps matériel de se produire.

Ou bien, il ne fallait pas reconnaître aux dimanches une efficacité spéciale ; et il était alors inutile de compliquer par une disposition complémentaire le système de publications que l'esprit de la loi était de simplifier.

Ainsi donc il n'y a que deux façons de considérer la réforme de 1907 en ce qui touche les publications : elle apparaît ou injustifiée ou incomplète.

Les partisans de la première opinion estimeront que l'innovation de la nouvelle loi est peu fondée si sa seule raison d'être est de mettre le droit d'accord avec le fait, et il penseront que ce n'est pas baser une modification législative que de la fonder uniquement sur la réparation d'un abus ; et cependant, tel était l'usage des municipa-

lités qui tendaient à faire bénéficier leurs employés du repos hebdomadaire (1).

Nous ne voulons pas aborder ici une discussion qui nous entrainerait loin des limites de cette question, mais il suffit de faire observer qu'on ne peut qualifier de « légitime » la pratique par laquelle les mairies observaient la loi de 1906, en violant le Code civil : l'article 63 portait les mots « un jour de dimanche » ; aucune autre mesure législative que son abrogation ne pouvait autoriser les mairies à en méconnaître l'esprit et la lettre, en faisant faire le samedi ce que la loi prescrit pour le lendemain.

Indépendamment de cette question, on fera valoir que, tout en semblant respecter l'ordre de choses des lois antérieures, par le maintien des deux dimanches dans le délai de compétence, l'utilité de cette précaution se trouve de fait réduite de moitié par l'insuffisance éventuelle de l'intervalle qui sépare la célébration du deuxième dimanche d'affichage.

Enfin, la nouvelle rédaction des articles 63 et 64 donne l'impression d'une disposition incomplète, inachevée, d'une imperfection voulue et qui ne s'explique que par la possibilité d'une transformation plus radicale. Nous dirons plus loin quelles considérations on peut émettre sur une semblable éventualité.

1. Gourju. Deuxième délibération du Sénat.

2° *Délai d'efficacité*

Article 65. — On peut qualifier ainsi le principe formulé par l'ancien article 65 (1). Sa raison d'être va de soi : La loi craint qu'à la suite d'un temps trop long écoulé après la publication, le souvenir ne s'en soit effacé et rende la publicité illusoire.

La loi de 1907 n'a fait que s'adapter au Code en substituant dans le mot « publication » le singulier au pluriel. Il est à regretter que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de préciser un point laissé controversé par celui de 1804 et que nous rappellerons brièvement pour mémoire : La question est celle de savoir si, dans la computation de l'année dont parle l'article 65, il faut comprendre le jour auquel peut se faire la célébration du mariage ; en d'autres termes et pour prendre un exemple, si, la publication ayant eu lieu le dimanche 1^{er} octobre 1907 et le mariage devant être célébré le mercredi de la semaine suivante, 11 octobre 1907, on devra soumettre à de nouvelles publications une union célébrée seulement le 11 octobre 1908.

Sous l'empire de la nouvelle loi, la raison de douter reste entière, après avoir donné lieu à une controverse

1. « Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après une nouvelle publication faite dans la forme ci-dessus » (V. art. 63.)

dans la doctrine (Delvincourt, Toullier, Duranton, Demombe).

L'opinion la plus admise affirmait la nécessité d'une nouvelle publicité en vertu de ce raisonnement :

Le mercredi 11 octobre 1907 pouvant être celui de la célébration ne fait pas partie du délai des publications ; il rentre par suite dans « l'année » de l'article 65, et cette année ne pouvant contenir deux jours de même date, une union célébrée le 11 octobre 1908, le sera un jour trop tard. Faute de décision impérative, il semble nécessaire de s'en tenir là.

3º Lieu de la Publication

Article 166. — La question de savoir en quel lieu doit être faite la publication préalable au mariage est des plus complexes.

La loi de 1907 a eu cet heureux résultat de la solutionner en supprimant l'objet des discussions auxquelles elle donnait précédemment lieu. Dans l'ancien droit, la question du lieu de publications ordinaires et subsidiaires était très simple.

Ainsi la résout Pothier (*Contrat de mariage*, n° 72) :

« Lorsqu'une partie a changé de paroisse, sans changer de diocèse, s'il n'y a pas six mois entiers qu'elle y demeure, ses bans doivent être publiés, non seulement dans la paroisse de sa nouvelle demeure, mais encore dans la paroisse qu'elle a quittée ; lorsqu'elle a changé de diocèse, il faut qu'il y ait un an entier qu'elle y

demeure pour être dispensée de faire publier ses bans dans la paroisse qu'elle a quittée. »

Il n'y a pas ici de difficultés.

Elles naquirent le jour où le Code formula deux articles relatifs l'un au domicile général (art. 102), et l'autre relatif au domicile matrimonial (art. 74) ; dès lors, le mot « domicile » compris aux articles 166 et 167 relatifs au lieu des publications, prenait un sens ambigu et donnait prise aux controverses.

Le problème était celui-ci :

Quelles sont les conditions de séjour dans un lieu où l'on se propose de contracter mariage, qui rendent la publication en ce lieu suffisante, et dispensent d'accomplir ailleurs la même formalité ?

En apparence simple, il se compliquait singulièrement par la répétition des mots « domicile et résidence » aux articles 74, 102, 166 et 167.

1° Sans rappeler l'opinion de Delvincourt qui solutionnait la question par l'application des principes de l'ancien droit bien impuissants à le faire, en raison de sa complexité nouvelle, il faut citer l'avis de Duranton (t. II, 230) qui émet une distinction : « Si la résidence, dit-il, est accompagnée d'un *véritable domicile*, on sera dispensé après *un an* depuis qu'elle existe, de faire les publications au dernier domicile ; mais si ce n'est qu'une *simple résidence*, nous croyons qu'à toute époque les publications doivent être faites au domicile réel dûment conservé. »

C'est résoudre la question en en posant plusieurs autres ; et tenter de supprimer un point d'interrogation par simple substitution.

Qu'est-ce en effet que ce délai d'un an qui n'est écrit nulle part au Code et qui ne peut-être qu'un souvenir de Pothier ? Quant à donner un critérium, l'auteur en est loin.

2^e Laurent (II, 240), fidèle à son système d'interprétation restrictive, part de ce principe que la célébration du mariage ne peut avoir lieu qu'au domicile de l'article 74 établi par six mois de résidence et cela, pour des raisons que nous verrons en traitant du domicile matrimonial.

Suivant lui, la loi a supposé que les parties devaient contracter mariage au domicile de fait de l'article 74, appelé « domicile actuel », mais possédaient concurremment un domicile de droit conforme à la définition de l'article 102.

C'est ce dernier, pense-t-il, que la loi a nommé « dernier domicile » en y prescrivant dans tous les cas des publications parce qu'il est le siège des affaires, le centre des relations des parties, et que la publicité exclusive du domicile de fait ou actuel y serait d'un effet illusoire.

Cela étant, dans quel cas la nécessité cessera-t-elle de faire de doubles publications ?

Quand les deux époux auront une résidence de six mois dans la commune où ils ont leur domicile de droit,

selon l'article 102. Dans ce cas, en effet, on ne peut dire que le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, puisque, outre l'habitation de fait, les époux y ont aussi leur domicile de droit ; et, en raison, il n'y a plus lieu de faire de publication à un autre domicile parce que les parties n'y ont plus le siège de leurs affaires.

Cette argumentation est spécieuse, mais elle repose sur une base très discutable : elle suppose que le mariage ne peut être célébré qu'au domicile de l'article 74, et, qu'en conséquence, c'est celui-là qui porte le nom de « domicile actuel ».

La distinction est alors très claire entre le « domicile actuel » et le « dernier domicile » ; mais elle ne repose que sur un postulat ; et ce postulat, on ne peut l'admettre.

3° Une dernière opinion, qui est celle de la majorité des auteurs, est fondée sur cette assertion que le mariage peut être célébré, soit au domicile de l'article 74, soit à celui de l'article 102.

En conséquence, il y a plusieurs cas à considérer que nous exposerons synthétiquement de la manière suivante :

Première hypothèse. — Les parties habitent au lieu de leur principal établissement ; la célébration aura lieu dans la commune du domicile, selon l'article 102, de l'une des parties.

Premier cas. — Les parties résident dans ce « domi-

cile actuel » depuis plus de six mois. La publication faite dans cette commune suffira.

Deuxième cas. — La résidence des parties dans le « domicile actuel » est d'une durée inférieure à six mois : elles devront publier dans la commune de leur domicile précédent « leur dernier domicile ». Cet avis est conforme à une circulaire du ministre de la Justice du 21 décembre 1871.

Deuxième hypothèse. — Les parties résident plus de six mois dans une commune autre que celle de leur principal établissement : elles y ont le domicile de l'article 74 et veulent y faire célébrer leur mariage.

Alors la proposition : « dans le cas où le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence » ne signifie plus : « la durée du domicile n'est que de six mois », mais « le domicile actuel (permettant le mariage) n'existe que par la résidence exigée à l'article 74, sans que le principal établissement y soit fixé ». Ce n'est plus une question de *durée*, mais de *qualité* de la résidence. Dans ce cas les publications devront être faites au lieu du *dernier domicile réel*, celui de l'article 102, et cela dans tous les cas, toujours, quelle que soit la durée du *domicile actuel*.

Cette interprétation que nous admettons a le mérite de se concilier et avec le texte et avec la doctrine la plus rationnelle concernant le domicile matrimonial, doctrine à laquelle nous faisons un renvoi.

Quelque solution qu'on donne à la question et malgré

le caractère compendieux de cet exposé, il est nécessaire de reconnaître qu'elle était singulièrement compliquée pour être de celles qui se posent chaque jour, et, comme on l'a dit au Sénat « qu'elle était plus de la compétence d'un jurisconsulte, que d'un officier de l'état civil ».

Quelles améliorations a apportées à cet état, la loi du 21 juin 1907 ?

Les nouveaux articles 166 et 167 sont corrélatifs de l'article 74, dans sa forme nouvelle, suivant laquelle la célébration du mariage aura lieu dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication établie par la loi.

De même l'article 166 déclare que la publication ordonnée par l'article 63, sera faite à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile ou sa résidence. Réservant l'examen des nouvelles conditions de célébration, on peut remarquer d'abord que la forme copulative de l'article 166 laisse place au doute : il est clair que les deux formules des articles 74 et 166 ont été copiées l'une sur l'autre : mais tandis que l'emploi de la conjonction « ou » était indifférent dans le premier (car il est clair que le mariage ne pourra être célébré que soit au domicile, soit à la résidence d'un mois), il n'en était pas de même dans l'article 166 ; si on prend le cas d'un individu qui possède à la fois un domicile réel, et une résidence de plus de six mois (pour éviter l'application de l'art. 167), cet individu

pourra-t-il ne faire publier que dans la commune de l'un d'eux, à son choix, ou devra-t-il le faire simultanément aux deux endroits ?

Il apparaît que la publication doit être faite seulement à l'endroit où se célébrera le mariage, que ce soit à la commune du domicile réel, ou à celle de la résidence de six mois ; ainsi, de même que les futurs époux pourront choisir pour la célébration, entre la commune de leur domicile et celle de leur résidence quant au mariage, de même suffira-t-il de faire la publication dans cette commune choisie, à l'exclusion de l'autre.

C'est ce qui ressort de l'esprit de la loi et du contexte de l'article 167.

Dans sa forme primitive adoptée par la Chambre des députés, l'article 167 était ainsi conçu :

Si le domicile actuel ou la résidence actuelle n'ont pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite en outre au lieu du dernier domicile, quelle qu'en ait été la durée, et à défaut du domicile précédent connu, dans le domicile où le futur époux a résidé six mois ; et, à défaut d'une résidence continue de six mois, au lieu de la naissance.

Les publications qui devront être faites ailleurs qu'au lieu de la célébration du mariage, le seront à partir du premier dimanche qui suivra la réception de la réquisition écrite de l'officier de l'état civil appelé à procéder à cette célébration. L'officier requis ne pourra exiger la production d'autres pièces.

Lors de la discussion de ce texte au Sénat, M. Guil-

lier réclama à son sujet des explications, et notamment sur le point de savoir à qui, et dans quelle forme serait faite la réquisition dont il est question ; il en fit apercevoir les difficultés d'application et demanda le renvoi de l'article à la commission.

Après nouvel examen, le dernier alinéa du projet fut supprimé et, semble-t-il, à juste titre ; fixer la publication subsidiaire au premier dimanche qui suivrait la réception de la réquisition, c'était répéter en partie les dispositions de l'article 63 ; et, puisque l'abrogation en avait été décidée, il n'était pas logique de les rétablir ailleurs. En conséquence, l'article revint dans la forme suivante :

ART. 167. — Si le domicile actuel ou la résidence actuelle n'ont pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite, en outre, au lieu du dernier domicile et à défaut de domicile au lieu de la dernière résidence. Si cette résidence n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite également au lieu de la naissance.

Cet article prescrit une publicité subsidiaire inconnue sous le régime du Code civil. Il est destiné à éviter les unions clandestines, en compensant ce que l'article 166 aurait d'insuffisant.

Il est surtout la contre-partie et le correctif nécessaire de l'article 74, nouvelle rédaction ; son caractère de prudence fait équilibre à ce que le nouveau domicile matrimonial pouvait avoir d'inquiétant ; on lui a donné pour

tâche au moment du vote au Sénat de vaincre les indécisions ; c'est l'article 167 qui a fait passer l'article 74 ; néanmoins son luxe de précautions lui fait atteindre un but diamétralement opposé à celui que s'est proposé d'une façon générale la loi de 1907 ; si on peut dire que toutes les dispositions de la nouvelle législation tendent à faciliter la constitution des familles en simplifiant l'accès du mariage, l'effet évident du nouvel article 167 est au contraire de le compliquer !

Sous l'empire du Code civil, un individu contractant mariage dans les conditions de domicile ou de résidence qui y étaient prévues, ne pouvait jamais avoir à faire de publications que dans deux communes : celle de sa résidence actuelle, et subsidiairement celle de son dernier domicile ; maintenant au contraire si l'on se place dans la dernière hypothèse du dernier article 167, il en devra faire trois, une dans son domicile actuel de moins de six mois à défaut de dernier domicile, une seconde à sa dernière résidence ; et, si celle-ci est insuffisante, il devra publier également au lieu de sa naissance. Si on suppose de plus que sa future épouse se trouve dans les mêmes conditions, et que tous deux mineurs ont à demander chacun le consentement de deux ascendants, on trouve à faire au total dix publications, au lieu du maximum de huit de l'ancienne législation.

Le chiffre est assez convaincant pour se passer d'explications.

Mais objectera-t-on, qu'importe si, au prix d'une complication purement formelle, au moyen d'un simple affichage supplémentaire, on peut permettre à de futurs époux de contracter mariage au lieu de leur résidence, simplifiant ainsi sérieusement l'accès du mariage ! La réponse dépend exclusivement de l'idée que l'on se fait de l'efficacité des actuelles publications. Il est certain que pour qui admet leur valeur, le système des publications subsidiaires, et surtout la conception d'un affichage au domicile de naissance, donne toute satisfaction, et doit faire taire toute crainte ; aucune légèreté n'est à reprocher de ce chef au législateur de 1907, intimement convaincu de la valeur de la publicité par affichage municipal ; à ce titre l'article 167 est exempt de critiques. Mais, précisément, tout le monde ne reconnaît pas l'efficacité des publications à la mairie, et c'est là un point que nous devons traiter plus loin.

Publications supplémentaires

Article 168. — L'article 168 (1) est encore un de ceux que le législateur de 1907 n'a retouchés que pour le mettre en accord avec les innovations contenues en d'autres articles ; son examen suggère la nécessité d'en modifier la forme et d'en fixer le fond encore sujet à discussion. Et, quant à la forme d'abord, on constate

« 1. Si les parties contractantes où l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se ro uvent. »

par l'examen des travaux préparatoires que telle est sa teneur dans la proposition de loi déposée sur le bureau de la Chambre, telle elle est restée jusqu'à l'adoption et au vote définitif ; et pourtant, l'article 168 ancien était ainsi conçu : « Si les parties contractantes ou l'une d'elles sont, *relativement au mariage*, sous la puissance d'autrui... » Une semblable rédaction bien que vicieuse par un certain côté que nous noterons ensuite, s'expliquait au Code par ce fait que la majorité matrimoniale étant fixée à vingt-cinq ans pour les garçons, et constituant par conséquent une majorité spéciale, les mots « *relativement au mariage* » ajoutaient une idée nécessaire ; sans elle, un individu de vingt-trois ans, majeur au point de vue civil en général, aurait pu arguer de cette qualité, pour prétendre être libre de tous ses actes, mariage y compris.

Mais, la loi de 1907 ramenant à vingt et un ans la majorité matrimoniale, et fixant un âge uniforme à partir duquel l'homme n'est plus soumis à aucune puissance, on ne voit pas la raison d'être de cette spécification « *relativement au mariage* » inapplicable au mineur. On ne voit pas quel cas cette formule pourrait prévoir : En effet, d'après la majeure partie de la doctrine et à défaut de jurisprudence, on admet que l'interdit n'est en aucun cas, capable de contracter mariage ; et, d'autre part, il est unanimement accepté que le prodigue peut se marier dans les conditions de droit commun, sans avoir à demander l'assistance de son con-

seil judiciaire ; il en est de même pour le faible d'esprit, le mariage ne figurant pas aux articles 499 et 513 parmi les actes qu'il leur est interdit de passer seuls.

En somme, cette disposition, loin de compléter l'article, le rend plus obscur et son maintien ne s'explique que par une inadvertance de rédaction.

Cette observation de forme faite, il faut constater que l'article ne devait pas reparaitre dans la loi nouvelle sans autre modification qu'une rectification grammaticale. Quelque commode que soit l'expression « puissance » employée à l'article 168, elle conserve de ses origines romaines, avec un grand caractère de vétusté, un sens trop précis pour être bien en sa place à l'article 168.

Qu'était-ce, en effet, que la *potestas* romaine, faiblement traduite en français par le mot « puissance » ? C'était le pouvoir de fait qui existait entre les mains du chef sur la famille, pouvoir absolu, au principe tyrannique, « fondement exclusif de la parenté civile » et « colonne maîtresse de la famille romaine » (1).

Etre sous la puissance d'autrui, c'était subir un état de chose « mettant d'un côté tous les droits et de l'autre tous les devoirs, excluant par suite toute limitation autre que celle tirée des mœurs ou de la religion » (2).

Il est évident qu'aucun pouvoir de ce genre ne s'est retrouvé depuis le droit romain qui pût être qualifié de

1. Girard. *Manuel de droit romain*, p. 133.

2. Girard. *Manuel de droit romain*, p. 133.

la même manière ; que la moderne obligation de demander le consentement des parents ou de l'autorité qui les supplée n'est qu'une fraction minime et un pâle reflet de la *potestas* romaine.

Ici, si les rédacteurs du Code ont employé ce même mot « puissance d'autrui » dans l'article 168, c'est parce que, par l'intermédiaire de l'ancien droit, beaucoup d'institutions et par suite d'expressions romaines, s'étaient imposées à leur esprit.

Aucune explication semblable ne peut être donnée de la persistance du mot « puissance d'autrui » dans la loi de 1907 : son maintien ne pourrait se justifier que par son appropriation exacte à l'idée qu'il représente. Et ce n'est pas le cas : Il est en effet, actuellement trop compréhensif. Désigne-t-il seulement les parents dont le consentement est nécessaire, ou bien en même temps ceux dont le conseil doit être requis. C'est cette dernière théorie qu'a soutenu Marcadé (1) (p. 446) en concluant « que c'est être sous la puissance d'un ascendant, c'es^t être dépendant de lui que de lui demander son conseil. »

Si cette théorie n'a pas été communément adoptée, aucune bonne raison ne lui a jamais été opposée.

Et si des avis différents ont pu être émis, c'est que le mot « puissance » avait alors acquis une signification restrictive.

Au contraire Marcadé, respectueux du sens romain du mot, l'a envisagé comme déterminant le lien plus ou

1. Explication du Code civil.

moins étroit, plus ou moins impérieux, qui fait dépendre les enfants du chef de famille. Il faut bien convenir qu'en cette matière le « conseil » obligatoire des parents n'est pas une assistance, c'est une puissance.

Enfin, l'application de l'article 168 aux enfants naturels non reconnus amène à déposer une dernière question ; aux termes des lois des 21 juin et 3 juillet 1907, les fonctions de conseil de famille sont remplies, pour ces enfants, par le tribunal civil du lieu de leur résidence. Quelle utilité présentera par exemple, l'affichage à la mairie du IV^e arrondissement de Paris (Palais de Justice) de la publication matrimoniale d'un enfant naturel non reconnu domicilié à Clamart à Aubervilliers ou à Bagnolet ?

Et, bien que la loi donne à l'enfant le moyen et le droit de passer outre, elle n'en constitue pas moins une force coactive réelle que l'enfant doit reconnaître ou briser.

L'article 168 amène à envisager une seconde question non plus sur la qualité des personnes, mais sur celle du domicile qu'il concerne.

« La publication, dit-il, sera faite à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles (les parties contractantes) se trouvent. »

Cette prescription est exécutée sans difficulté possible, quand les personnes visées sont le père, la mère ou les ascendants ; il en va autrement, quand, en leurs lieu et place, c'est un conseil de famille qui statue sur le projet de mariage. En fait, disons-le ce n'est guère qu'une

hypothèse d'école, car la publication est faite à la municipalité du lieu de réunion du Conseil ; mais il faut rappeler quel dilemme a émis Proudhon pour défendre cette idée que, dans ce cas, la publication supplémentaire ne peut ni ne doit être faite : en effet, professe-t-il, la publication ne pourra se faire au domicile de chacun des membres du Conseil, car ils ne sont pas individuellement et séparément la *puissance* dont parle le Code ; et d'autre part, on ne pourra publier ailleurs, car le Conseil n'a pas de domicile. La publication est donc impossible. Ce qu'il fallait démontrer.

Le nombre et l'intensité des discussions auxquelles donne lieu une disposition législative sont souvent la mesure de sa valeur ; c'est un peu le cas pour celle qui nous occupe ; et s'il est malaisé de prévoir au moment de sa rédaction les difficultés qu'elle pourra soulever, il l'est beaucoup moins de remédier plus tard aux imperfections qu'elle présente ; l'occasion en était favorable au législateur de 1907.

4^e Dispenses de publication

Article 169. — Le système des dispenses est le corollaire de celui des publications ; s'il est utile de formuler des règles dont le but est d'éviter la clandestinité des mariages, il peut se présenter, et, en fait, il se présente souvent des cas où appliquer strictement et intégralement la loi civile serait aller à l'encontre d'une nécessité sociale et peut être morale, en empêchant la formation d'un mariage.

Aussi depuis longtemps existait-il une réglementation des dispenses matrimoniales ; jamais, croyons-nous, tout au moins depuis les temps médiévaux, cette réglementation ne s'est faite aussi large, aussi bénigne que sous le régime de la nouvelle loi. Permettant l'omission des formalités prescrites dans les mariages ordinaires, passant par-dessus toutes conditions de formes et de temps, elle affranchit certaines unions matrimoniales des garanties préalables prescrites pour les autres.

Est-il bon que la prudence du législateur ait fléchi devant sa « condescendance aux réalités » et quelle est la portée de l'innovation ? Nous le verrons ; il n'est pas superflu, auparavant de jeter un coup d'œil sur le côté historique de l'institution et d'en revoir le fonctionnement.

1^o Dans l'ancien droit, le système des dispenses est une création du Concile de Trente ; l'Eglise, voyant avant tout dans les mariages *in extremis* l'avantage moral d'une régularisation même tardive, passe condamnation sur l'encouragement que semble donner l'autorisation d'un tel mariage aux unions irrégulières. En conséquence elle investit les évêques du pouvoir de consentir ces dispenses et prescrit de les octroyer, soit en remettant les publications entre la célébration et la consommation du mariage, soit (procédé d'apparence plus rationnelle) en les supprimant en totalité ou pour partie. Dans tous les cas, de justes causes doivent être invoquées et soumises à l'appréciation de la même

autorité, de qui les décisions peuvent être portées, en appel, au supérieur hiérarchique. Cet état de choses dura jusqu'au xvi^e siècle, c'est-à-dire : jusqu'au moment où la législation laïque se dégageant des règles canoniques, sauf à s'en inspirer dans ses ordonnances, se ressent de l'influence des légistes et des protestants ; elle reprend les dispositions des conciles en leur donnant des cadres plus rigides, se montre plus exigeante sur le consentement des parents au mariage, et tend à assimiler les mariages *in extremis* à des mariages clandestins ; une réaction se produit sur la réglementation des publications et des dispenses ; tout en reconnaissant la compétence des juges d'Eglise en matière matrimoniale, comme le fera un édit de décembre 1606, la loi civile détermine les règles qu'ils auront à appliquer.

C'est ainsi que l'ordonnance de Blois laisse aux évêques, et, en cas de vacance du siège, à leurs vicaires généraux le soin d'accueillir ou de repousser les demandes de dispenses ; mais elle décide qu'on ne pourrait obtenir de dispense « qu'après la première publication faite, et ce, seulement pour quelque urgente ou légitime cause et à la réquisition des principaux et plus proches parents des parties contractantes ».

Ces causes furent, à l'époque, assez nombreuses, mais elles ne furent pas prises toutes en égale considération ; l'une d'elle s'est perpétuée jusqu'à la loi de 1907, c'est la grossesse de la future épouse. D'autres sont moins explicables : ainsi Pothier rapporte que des

dispenses étaient accordées « quand il y avait lieu de craindre de la part de quelqu'un qu'il forme par malice une opposition mal fondée pour retarder le mariage ».

Il nous apparaît aujourd'hui qu'invoquer cette raison serait assurer l'échec d'une démarche, puisque les publications ont précisément pour but de susciter les oppositions, et que le bien-fondé de celles-ci doit être au moins examiné avant de passer outre à la célébration du mariage.

D'autres furent écartées dès le principe : Le cinquième Concile de Milan, interdit d'accorder toute dispense basée sur la proximité des temps de Carême et d'Avent. Quant à l'imminence du décès d'un des futurs, c'est-à-dire au cas de mariage *in extremis*, il faut remarquer qu'il est intimement lié à la question des dispenses, et que parler de l'un, c'est traiter de l'autre ; c'est en effet, la cause la plus fréquente et la plus grave de celles qui étaient et sont invoquées pour l'obtention des dispenses. On constate qu'au moment de l'ordonnance de Blois elle était admise, mais la législation, fixe en ce qui concerne les deux autres cas qui se sont perpétués jusqu'en 1907, a éprouvé de nombreux revirements.

Et d'abord si étroite que fût la législation des ordonnances (1), et peut-être même à cause de sa rigidité, elle ne fut observée que très irrégulièrement.

1. Ordonnance de 1639, art. 6.

« Voulons que la même peine (incapacité successorale des enfants) ait lieu contre les enfants qui sont nés de femmes que leurs pères ont entretenues et qu'ils épousent à l'extrémité de la vie. »

D'une part, les Parlements tolérèrent la dispense de toute publication, bien qu'avec la plus extrême réserve ; d'autre part, les évêques persistèrent à accorder, en dépit de l'ordonnance et sous leur propre responsabilité, des dispenses totales, en échange desquelles ils percurent des droits exorbitants ; mais ce fut à l'insu et en fraude de la loi, qui prit même contre eux des mesures actives ; ainsi en 1634, défense leur fut faite d'accorder dispense des trois bans, à peine de nullité du mariage, et sous menace de répondre en leur nom des dommages-intérêts que pourraient réclamer les intéressés.

Et, si les greffiers obtinrent de percevoir un droit de 12 livres pour les dispenses permises et soumises à l'insinuation, en revanche nombreux furent les appels comme d'abus dont la sanction frappa l'octroi intéressé des dispenses totales de bans.

Si on arrive à la législation intermédiaire on ne peut que constater le mutisme de la loi du 20 septembre 1792 ; les dispenses y sont complètement passées sous silence. On n'y trouve que l'abrogation de l'ordonnance de 1639 ; mais cette abrogation s'applique-t-elle au cas de mariage *in extremis*, rien ne permet de l'affirmer.

2° Au contraire, la question des mariages *in extremis* et d'une façon plus générale, celle des dispenses, fut discutée très soigneusement dans les travaux préparatoires du Code civil.

Quant aux premiers, si les deux projets du Code de

Cambacérès sont muets, celui de Jacqueminot contient la disposition suivante, qui fut littéralement rapportée dans le projet de l'an VIII :

« Le mariage fait à l'extrémité de la vie est privé d'effets civils. »

C'était revenir quant aux résultats et avec la pénalité en moins, à la législation de l'ordonnance de 1639.

« Le mariage contracté à l'extrémité de la vie entre deux personnes qui ont vécu en concubinage ne légitime point les enfants nés avant le mariage : ces enfants pourvu qu'ils soient légalement reconnus peuvent réclamer les droits accordés aux enfants nés hors du mariage. »

Mais comment savoir si le mariage a été contracté à l'extrémité de la vie ? Comment fixer ce critérium dont les conséquences sont décisives sur l'état juridique des enfants ?

Le projet avait adopté à cet égard un délai de *vingt jours*, passé lequel le mariage était réputé célébré dans des conditions normales et affranchi des modalités affectant les mariages *in extremis*. C'était là un système bien factice dont l'effet était irrationnel : pendant vingt jours, en effet, l'état de l'enfant était *in pendent*, et sa situation juridique, dont la constatation est nécessaire surtout au point de vue successoral, était douteuse.

Après une consultation des tribunaux et compagnies de justice, la section de législation du Conseil d'Etat eut à donner son opinion. Elle le fit, à la fois à propos du mariage *in extremis*, et du système des dispenses. L'a-

vis qu'elle émit est un exemple de cote mal taillée : elle validait, en effet, les mariage *in extremis*, et en leur rendant leurs effets civils, elle rompait par son libéralisme avec le projet de l'an VIII ; mais elle en conservait la solution draconienne en refusant la qualité de légitimes aux enfants nés avant le mariage.

Cette décision ne prévalut pas dans le texte du Code qui, en ignorant la difficulté, passe sous silence le mariage *in extremis* ; ce qui équivalait à reconnaître son caractère licite et à le soumettre aux dispositions ordinaires sur la légitimation.

En ce qui concerne les dispenses, un débat s'était engagé entre Berlier, leur adversaire acharné, et Tronchet, qui, se plaçant au point de vue des mariages *in extremis*, avait fait remarquer l'étroite connexité des deux questions. On constata que « depuis dix ans on n'accordait plus de dispenses ; que l'on n'avait ouï ni plaintes, ni réclamations à ce sujet, et que l'on n'en trouvait aucune dans le travail des tribunaux consultés sur le projet du Code civil. » On jugea donc faire une assez grande place à l'imprévu en n'autorisant qu'une dispense partielle. Le premier Consul se montra favorable à cette solution (1). Ainsi fut-il décidé « qu'il y

1. « Car dit-il, la loi ne peut vouloir que les femmes soient victimes des formalités et qu'elles perdent l'occasion de contracter un mariage convenable parce que le temps manque pour remplir les formes. Il est assez dans les habitudes des hommes de ne terminer leurs affaires qu'au dernier moment ; ainsi pour se régler sur ces habitudes, on doit établir que la dispense de la seconde publication sera accordée toutes les fois qu'on le jugera convenable. »

aurait des dépenses, qu'elles pourraient être accordées pour la *seconde publication*, et qu'elles ne pourraient jamais l'être pour la première ». (Locré. *Lég.*, IV, p. 344, ssq., n^{os} 11 et 12.)

Ces principes furent rédigés dans la forme suivante qui devint le texte de l'article 169 :

« Il est loisible aux consuls ou aux officiers qu'ils préposeront à cet effet de dispenser pour des causes graves de la seconde publication. »

Incorporé au titre de mariage promulgué le 6 germinal an XI (27 mars 1803), son application fut réglée par un arrêté du 20 prairial même année qui décréta :

« ART. 3. — Les dispenses de la deuxième publication de bans dont est mention dans l'article 169 du Code civil, seront accordées, s'il y a lieu au nom du gouvernement par son commissaire près le tribunal civil de 1^{re} instance dans l'arrondissement duquel les impétrants se proposent de célébrer leur mariage ; il sera rendu compte par ce commissaire au grand juge ministre de la Justice, des causes graves qui auront donné lieu aux dispenses. » •

Précis sur la question de compétence, cet arrêté a laissé sans réglementation l'exercice de l'article 169 à tous autres points de vue, notamment à celui des *délais nécessaires* entre l'obtention de la dispense, et la célébration du mariage ; cette omission a été la source d'une controverse entre commentateurs du Code.

D'après une première opinion (Rieff. *Des actes de*

l'état civil n° 160) la célébration ne pourrait avoir lieu que huit jours après la première publication.

En effet, aux termes de l'article 64, un extrait de cette publication doit rester affiché pendant ce délai. Mais, outre que se conformer à cette doctrine serait réduire à peu de chose le bénéfice de la dispense, il faut remarquer que si la loi fixe bien un délai de huit jours, c'est pour l'assigner à *l'intervalle* des deux publications ; et que, dans le cas de dispense, la deuxième publication étant supprimée, cet intervalle disparaît ; d'autre part, un raisonnement du même genre, fondé sur la lettre du Code, amène à décider que la disposition de l'article 64 *in fine* ne peut s'appliquer au cas de dispense puisque la deuxième publication n'existant pas, il n'y a plus de délai compétent de trois jours pour la célébration.

Dans un esprit de conciliation, et ne pouvant admettre la célébration du mariage, aussitôt après sa publication, Demante propose un moyen terme :

L'acte de publication devra être affiché, et l'affiche devra rester placardée huit jours durant, si le mariage n'a lieu plus tôt ; mais la célébration pourra être faite avant l'expiration de ces huit jours et dès le troisième jour qui suivra la publication (1).

Il est impossible d'admettre que la loi, même n'ayant pas statué, laisse aux intéressés une alternative entre deux délais. Evidemment, en l'absence de texte impé-

1. Demante, *Cours analytique*, I, p. 360.

ratif, on doit en revenir aux règles d'interprétation. Mais c'est au nom de ces dernières qu'il nous semble injustifiable de laisser aux parties une semblable licence.

Marcadé, dans l'explication de l'article 170 soutient que, dans la plupart des cas, il faudra suppléer au silence du texte par analogie de l'article 64, et que la célébration ne pourra avoir lieu que le troisième jour à partir de l'unique publication. Mais (et c'est là le côté original de sa théorie) que dans le cas de mariage *in extremis*, « on pourra profiter du silence de la loi, pour procéder au mariage après un délai de vingt-quatre heures seulement » (1).

Bien entendu, cette dernière appréciation n'est qu'une solution d'exception. L'auteur n'a jamais pensé à faire une application ordinaire à tous les cas de dispense. Il a reconnu que le bref délai qu'il assignait à l'affichage, était le strict minimum sans lequel la publication perdrait son efficacité.

Cette doctrine nous apparaît comme la plus rationnelle. En droit, en effet, elle fixe, sans froisser aucune des dispositions voisines, un point laissé entièrement dans l'ombre par le législateur.

Et, quant au délai de vingt-quatre heures, parfois qualifié d'arbitraire, nous ne voyons pas en quoi il l'est davantage que celui de trois jours, application injustifiée de

1. Marcadé, *Expl. du C. civ.*, I, p. 447.

l'article 64, pourtant préconisé par Demolombe et plusieurs autres commentateurs du Code. En outre, lui seul permet une application possible de l'article 169, qui, sans elle, reste pratiquement inefficace.

3° La loi de 1907 est venue faire trêve à ces controverses : elle en a supprimé l'objet en permettant la dispense totale de publication.

L'initiative de cette réforme capitale a été prise par M. l'abbé Lemire, qui en a donné dans sa proposition de loi la formule définitive. Adopté, comme beaucoup d'autres, sans aucune discussion à la Chambre, le texte fut soumis à la première délibération du Sénat sur un rapport favorable de M. Catalogne ; attaqué par MM. Guiller et Fortier, qui craignaient de le voir faciliter la clandestinité du mariage, il fut soutenu par le commissaire, du gouvernement défendu par le rapporteur et définitivement adopté en seconde délibération.

Que vaut l'innovation ?

Il faut connaître d'abord les cas d'application des dispenses ; on a vu que ces cas, assez nombreux dans l'ancien droit, sont devenus de plus en plus rares. Actuellement les *causes graves* de l'article 169 se réduisent à trois :

Le départ forcé et urgent d'un fonctionnaire (ou militaire), la grossesse de la future épouse, le mariage *in extremis*.

Il est rare que les deux premiers cas se produisent : les ordres de départ sont donnés en temps de paix

suffisamment d'avance pour que toutes dispositions puissent être prises par les intéressés ; et la grossesse est un événement de durée assez prolongée pour que les projets de mariage puissent s'ébaucher, se publier et aboutir, sans user d'aucune mesure d'exception.

Restent les mariages *in extremis*.

Telle nous estimerons la réforme à leur égard, telle nous apprécierons d'une façon générale son opportunité.

On peut dire, en effet, dans une forme peu juridique, mais au fond rigoureusement exacte, que le nouvel article 169 est une prime au mariage *in extremis*.

Comme toute chose et en particulier comme toute création juridique, cette nouveauté présente des avantages avec d'inséparables inconvénients.

Pour s'en faire une idée juste, il est indispensable de peser les uns et les autres et de réputer bonne l'innovation si, tout bien considéré, la somme des uns l'emporte sur celle des autres.

Délais

Au premier point de vue, constatons d'abord que la loi de 1907 a fait œuvre pratique : avant elle, la faveur légale des dispenses était inefficace et insuffisante.

Inefficace d'abord, quelque opinion qu'on admette parmi celles exposées plus haut, le délai de trois jours écarté comme mettant à néant l'article 169. Qu'on per-

mette la célébration deux jours francs ou seulement vingt-quatre heures après l'unique publication, l'effet en était le même, et, peut-on dire, également nul. Si on reconnaît une certaine valeur aux publications telles qu'elles se sont faites et se font encore, si une telle publicité n'est pas illusoire, encore faut-il que l'affichage en soit suffisamment prolongé pour que connaissance en puisse arriver à ceux qu'elles intéressent.

Il est certain que le délai abrégé des dispenses est insuffisant ; qu'il soit de deux jours francs pour sauver une apparence de publicité, ou que, délibérément, on le réduise à vingt-quatre heures qui ne doivent que respecter la loi, l'affichage sera vain.

De plus, nous croyons cette faveur inutile, tout délai, même abrégé, étant une entrave aux unions qui se trouvent dans des conditions particulières d'urgence.

M. l'abbé Lemire en a cité un cas dans sa proposition de loi et les exemples en sont multiples. Imposer un délai, quel qu'il soit, au mariage d'un homme en danger de mort, c'est le comble de l'illogisme. Et mieux aurait valu refuser toute dispense que s'en tenir à un système qui les permettait en droit pour les rendre impraticables en fait.

Tout nouveau système, si imparfait fût-il, aurait encore été préférable à cet ancien article 169, qui imposant des délais et des conditions de domicile et de résidence, était la négation formulée de l'idée de dispense, mesure fautive qui comportait tous les dangers d'une

théorie plus libérale, sans en avoir la franchise et les avantages. Mais tel n'est pas le cas du nouvel article où le bon l'emporte sur le mauvais, bien que laissant encore à désirer.

Assurément la thèse favorable a sa contre-partie qui a trouvé au Sénat lors de la première lecture d'ardents défenseurs :

Il est certain que, s'il est souvent utile de permettre les mariages *in extremis* dans des conditions spéciales, il est également dangereux de les affranchir de toutes les garanties dont la loi a entouré, et, peut-on dire, embarrassé les abords de l'institution matrimoniale dans son fonctionnement normal.

Il est notamment plausible que parfois le mariage *in extremis* continuera d'être ce qu'il était : une manœuvre de dernière heure (si on peut se permettre l'expression sans équivoque), destinée à frustrer les héritiers légitimes, et renverser brusquement l'ordre successoral au profit d'indignes.

De ces faits sont certainement possibles comme ils l'ont été ; mais ne sont-ils pas l'exception, et pour un consentement arraché à la faiblesse d'un malade, combien de fois le mariage ne sera-t-il pas demandé par lui comme une réparation ?

Suivant l'expression de M. l'abbé Lemire, « ce désir du moribond sera plus qu'une bonne volonté, ce sera l'accomplissement d'un devoir strict ».

Présenter la question sous ce jour, c'est encore faire

une large part à la thèse ennemie de la dispense telle qu'elle est réglée par la loi de 1907 : car, les fraudes à considérer en théorie, seront peu fréquentes dans l'ordre des faits :

Si une manœuvre frauduleuse est la cause cachée d'une demande de dispense, et spécialement la raison d'être d'un mariage *in extremis*, ce n'est pas le défaut de publication et l'absence de tout délai, qui donnera naissance à de fâcheuses conséquences : c'est la façon inconsidérée dont la dispense aura été accordée, après enquête insuffisante, ou preuve incomplète de l'urgence.

Or, en cette matière, il faut se reposer sur la vigilance de l'officier public qui statuera sur chaque espèce, bien plus que sur les quelques lignes d'un texte législatif qui ne peut tout prévoir ; la loi est telle qu'on l'applique et ses dispositions sont souvent bien différentes selon la façon dont elles sont observées. Si l'article 169 est strictement et consciencieusement exécuté, ses effets dangereux seront rares.

La loi aurait pu les faire inappréciables ; et c'est là que, partisan du nouveau principe, nous en condamnons l'application notamment au point de vue de l'attribution de compétence.

La loi de 1907 s'en tenant à l'état de choses antérieur, dispose en effet : « Le procureur de la République peut dispenser de la publication et de tout délai. »

Ce qu'elle observe là, c'est une pratique établie depuis le Code, et non pas un texte. On sait en effet que l'an-

cienne disposition, donnait qualité pour statuer sur les dispenses « aux officiers préposés à cet effet ».

La question se posa donc, au moment de la discussion de l'article, sur le point de savoir à qui serait attribuée la compétence en cette matière. Nous avons constaté le résultat, voyons les causes.

Adopté à la Chambre des députés et au Sénat en première délibération, l'article 22 (ancien art. 16) revint en seconde discussion dans la forme qu'il a conservée définitivement : la commission avait renoncé entre temps au projet ébauché de donner compétence au procureur général.

C'est alors que l'honorable M. Gourju, dont l'influence éclairée s'est fait sentir pendant toute l'élaboration de la loi, proposa un amendement aux termes duquel le juge de paix aurait été substitué au procureur de la République dans le soin d'accorder des dispenses. Relevant « une anomalie du Code civil », « exception singulière à nos traditions judiciaires françaises », il fait observer que « le procureur de la République est un agent de surveillance, de contrôle, de réquisition, puis d'exécution, mais qu'il n'est pas un agent de jugement. Nulle part, si ce n'est ici, le procureur de la République n'est autorisé, à rendre, même en matière gracieuse, à plus forte raison en matière contentieuse, des décisions, des jugements, et c'est bel et bien un jugement en matière gracieuse que le procureur de la République est chargé de rendre ».

Il constate en outre que « le juge de paix est plus près, topographiquement, moralement aussi, du justiciable que le tribunal ; qu'il pourra y avoir urgence, qu'il y aura même toujours urgence quand il s'agira de savoir si pour des causes graves, les parties, les futurs, peuvent être dispensés de toute publication ». « Où aller ? dit-il, au plus près ; le plus près, c'est le juge de paix, on y courra. »

Contre ces motifs, M. le rapporteur Catalogne a allégué « qu'il ne s'agissait pas d'un jugement à rendre, mais d'une décision à prendre, d'un acte exécutif ».

Cette discussion juridique aurait gagné à être un peu approfondie.

Peut-on classer toutes les dispenses *in globo*, soit dans la catégorie des actes judiciaires, soit dans celle des actes exécutifs ; peut-on attribuer en cette matière compétence aux agents de l'un ou de l'autre pouvoir ? La question n'a pas été tranchée, croyons-nous, jusqu'à présent : et la vérité est plutôt, semble-t-il, à trouver dans une reconnaissance partielle de l'un ou de l'autre de ces deux caractères à chaque genre de dispenses, que dans une décision radicale, une attribution complète de toutes les dispenses à l'un ou à l'autre des pouvoirs, exécutif ou judiciaire.

Sans entrer dans un débat de droit administratif sur la question de savoir si le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire sont distincts, ou au contraire si le second ne forme qu'une branche dans la division tripartite du

premier (Ducrocq. *Droit adm.*), on constate que le soin de statuer sur les dispenses en matière de mariage est confié au représentant du pouvoir exécutif : consul, empereur, roi ou président de la République, selon le régime politique en vigueur ; on le constate aux articles 145, relatif à l'âge nécessaire pour contracter mariage, et 164, relatif aux mariages entre parents et alliés, et enfin à l'article 169 ancien, qui nous occupe.

Et ce n'est pas là le moindre argument qu'aurait pu invoquer par analogie le rapporteur de la loi de 1907 ; mais aussi c'est là que nous pensons formuler la distinction dont nous avons parlé : nous établissons une scission très nette entre les deux premiers articles, et le troisième. Dans les articles 145 et 164, il s'agit, en effet, pour le pouvoirs d'accorder ou de refuser en bloc une mesure gracieuse ; aucune appréciation à faire sur le terrain des faits ; une pétition appuyée ou non par le maire expose un certain nombre de circonstances sur lesquelles elle se fonde ; c'est sur leur seul examen que le pouvoir exécutif se base pour statuer, par décret, dans un sens favorable ou non. Il en va tout autrement dans le cas de l'article 169 ; et la loi l'a si bien compris qu'elle l'a pourvu de règles spéciales ; relatif à des faits urgents, elle y a donné compétence aux procureurs de la République, émanation du pouvoir central ; et si elle a ainsi disposé ce n'est pas dans un esprit de décentralisation, c'est à cause de la nécessité et de la difficulté d'appréciations concrètes, impos-

sibles au chef du pouvoir exécutif, et auxquelles des agents locaux doivent se livrer. C'est encore pour cela qu'elle a substitué au décret, de forme solennelle et long à obtenir, la décision amorphe du ministère public. Pourquoi ces différences ? Parce que dans le cas de l'article 169, les dispenses requièrent particulièrement célérité ; parce que, surtout, elles se fondent sur des faits qui ne sont pas susceptibles d'une preuve complète comme l'âge d'une personne ou la parenté de deux autres, sur des contingences matérielles sujettes à décisions « arbitraires » dans le sens romain du mot ; parce qu'en un mot ce sont des dispenses qu'on doit « juger ».

C'est pour ces raisons de principe, indépendamment de tout avantage pratique que nous voudrions voir attribuer compétence en ces matières à un agent de jugement, et spécialement au juge de paix, mieux placé à tous points de vue, pour cet office, qu'aucun membre de la magistrature debout.

Tel n'a pas été l'avis de la commission du Sénat qui, à l'appui de la thèse contraire, allégua le fait suivant :

« Vous mettez le juge de paix, dans une situation qui pourra être quelquefois bien critique. Il a des relations avec des personnalités notables de son canton ; ne lui sera-t-il pas difficile souvent de ne pas « déférer à leurs sollicitations ? »

Cet argument n'en est pas un. Nous ne voyons pas en effet pourquoi, il serait plus difficile aux juges de paix, de ne pas « déférer à des sollicitations » en cette

matière, plutôt que dans tous les cas nombreux et variés qui se présentent au cours de leurs attributions si diverses.

On ne comprend pas quel est le caractère spécial et suspect que revêtent leurs relations avec des personnalités notables de leur canton, ni surtout quelle supériorité présente à cet égard le ministère public.

Nous n'en sommes plus au temps où les juges de paix n'étaient que des agents politiques occupés avant tout à assurer le succès des candidats officiels.

Tout a bien changé depuis l'Empire, grâce à la circulaire Ollivier du 20 février 1870, à la circulaire Dufaure du 15 juin 1871 et surtout à la loi du 12 juillet 1905 qui exige des garanties nouvelles. La justice de paix est un des rouages judiciaires les plus utiles, et il n'en est peut-être pas dans lesquels le magistrat doit être plus éclairé, plus averti et plus consciencieux que dans celui-là.

Loin de partager cette opinion, nous regrettons que les juges de paix n'aient pas reçu compétence en matière de dispense. Et cela, d'abord à cause des raisons développées par l'honorable M. Gourju, caractère judiciaire et gracieux de la distance, proximité topographique et morale du juge de paix, très bien renseigné sur l'identité des justiciables de son canton.

A ce propos nous ferons remarquer que l'origine des renseignements nécessaires pour statuer sur la dispense est double : elle est médicale d'abord, dans deux cas sur trois : le médecin doit s'assurer de la grossesse de la

future épouse ou du danger de mort qui motive le mariage *in extremis*. Et là, c'est la sincérité du médecin qu'il faudra contrôler : le juge de paix sera à tout le moins aussi bien placé pour le faire que le procureur, celui-ci se fût-il dérangé, pour s'en assurer *de visu* ; ensuite, la source de renseignements concerne l'état moral et social des intéressés et là encore, nous constatons la grande supériorité du juge de paix (1).

Nous ajouterons une dernière considération. Il nous a semblé regrettable, au cours de cette étude de la loi, que certaines attributions de droit matrimonial n'aient pas été confiées aux juges de paix de préférence aux autres degrés de l'échelle judiciaire, et nous les noterons au fur et à mesure de leur apparition.

A raison du caractère multiple de ses décisions gracieuses ou contentieuses, civiles et pénales, à raison de son rôle ordinaire de conseiller et de conciliateur, il nous aurait semblé utile d'augmenter la compétence du juge de paix et de lui constituer un groupement d'attributions dans toute cette matière du mariage qui forme, ainsi qu'on l'a dit « un droit de famille ».

Notamment au point de vue des dispenses, il apparaissait comme plus et mieux qualifié que les représen-

1. « Placé au cœur même des populations, c'est lui qui est chargé de toutes les missions délicates et difficiles qui intéressent la vie des familles. Qui dira les milliers de procès que depuis cent quinze ans le juge de paix a arrêtés à leur origine ? Et les millions de frais judiciaires qui ont été évités par son intervention ? » Jean Cruppi et Bricout, *Compétences des juges de paix*.

tants du gouvernement, et sa compétence aurait atténué ou même neutralisé ce que le nouvel article 169 peut avoir de dangereux dans sa conception bienfaisante ; loin de favoriser la fraude, c'était la rendre impossible.

Utiles par la suppression de tout délai, les effets de la loi ne le sont pas moins en ce qui a rapport aux conditions de domicile matrimonial.

Laissant de côté cette question pour en traiter en temps et lieu au cas de mariage normal, voyons ce que la loi dispose pour le cas de dispense :

Célébration

ART. 165. — Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état-civil de la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence... en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 197 ci-après.

Avec cette rédaction, le nouvel article 165, dans sa première partie, exige la publicité de la célébration dans le cas normal ; et, dans la seconde, règle les conditions du mariage avec dispense.

Quant au premier point quel est l'état de choses actuel et quelles modifications les dispenses apportent-elles à la publicité ordinaire du mariage ?

Aux termes de l'article 75 du Code civil, le mariage doit être célébré dans la maison commune ; ainsi, le dit

la loi dans le texte où elle a fixé de façon impérative et minutieuse, le cérémonial restreint du mariage civil.

Le local de la célébration étant ainsi fixé pour les unions normales, la question se posait de savoir dans dans quelle mesure il pourrait y être dérogé au cas de dispense, et particulièrement de mariage *in extremis* où la règle ordinaire ne peut être observée.

Lors de la discussion du projet de Code au Conseil d'Etat, on avait proposé de permettre à l'officier de l'état-civil de célébrer le mariage hors de la maison commune, quand il en aurait demandé l'autorisation à l'autorité compétente pour octroyer les dispenses. Cambacérès fit alors remarquer que le temps manquerait pour faire cette démarche et demanda que la loi s'en rapportât sur ce point à l'appréciation de l'officier de l'état-civil. Ce qui fut fait. Le Code civil passa donc sous silence cette hypothèse.

Il en résulte qu'en droit, le ministère public conserve strictement la faculté de poursuivre sur les infractions à l'article 75 pour célébration de mariage hors de la maison commune ; et les tribunaux jugent et condamnent sur ces réquisitions (1). Mais, en fait, il n'en est rien : il s'est créé sur la matière une sorte de jurisprudence prétorienne constituée par des circulaires du garde des Sceaux (2) établissant : qu'au cas de dispense

1. Cass., 31 mai 1900.

2. 3 juillet 1811, 21 juillet 1818, 28 janvier 1822, 15 octobre 1852.

l'officier de l'état civil peut se transporter au domicile de l'un des futurs conjoints et y célébrer le mariage.

Assurément ces errements du pouvoir exécutif ne peuvent prévaloir sur les décisions judiciaires, ni même influencer sur elles. Mais leurs conséquences, pour être indirectes, n'en sont pas moins certaines ; le ministère public ne peut en effet poursuivre sur ces matières sans en référer au garde des Sceaux qui arrêtera les poursuites, en conformité des circulaires citées, et l'officier de l'état civil se trouvera ainsi à l'abri de toute pénalité.

De l'absence de toute nouvelle disposition, on doit déduire que cet état de choses subsiste sous l'empire de la nouvelle loi ; et, tout en constatant qu'il n'a rien de vicieux, on aurait pu désirer sur la question un texte impératif précis qui donne une solution définitive ; ainsi en aurait-on fini avec un procédé d'un caractère trop subsidiaire.

Quelles sont les conditions de résidence qui permettent la célébration du mariage avec dispense ?

A cette question répond l'article 165 ainsi conçu :

« ART. 165. — Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article 63, *et en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 169 ci-après* ».

Si on laisse de côté les conditions de publicité de la

cérémonie et de compétence de l'officier de l'état civil, il statue *dans les mêmes termes* sur le mariage normal et sur le mariage avec dispense. Il n'en a pas été ainsi dès le début de sa discussion : la proposition de loi et le vote de la Chambre qui l'adopta, appréciaient la résidence « en cas de dispense, à la date de la célébration. » C'était impraticable : car, comment l'officier de l'état civil aurait-il pu apprécier en vue de la célébration du mariage une condition dont la loi ne lui imposait l'examen qu'à ce même moment de la célébration ? Il fallait fixer une date *antérieure* au mariage. C'est ce que décida le Sénat ; mais la publication n'étant pas requise dans ce cas particulier, quelle date fallait-il choisir, ne fut-elle antérieure que de quelques instants à la célébration de l'union ? On adopta la date de la dispense prévue à l'article 169.

Cette disposition libérale permet donc le mariage sans condition de délai, ni même de résidence (Péret et Rondelet, *op. cit.*, p. 39).

5° Pénalités

Article 192. — La loi de 1907 a entièrement remanié, on l'a vu, le système des publications et des dispenses de publication en matière de mariage. Toute règle, en bonne législation, comporte une sanction qui distingue l'obligation pénale de l'obligation morale ; or, si profondes qu'aient été les modifications de la publicité antérieure au mariage, leur corollaire n'a pas attiré l'attention du législateur.

La jurisprudence a décidé que l'absence de publications ne peut constituer à elle seule la clandestinité d'un mariage ni entraîner les conséquences qui s'y rattachent ; elle n'est pas la source d'une nullité civile, mais d'une amende pénale.

L'article 192 n'a donc subi par l'effet de la loi de 1907 qu'une simple mise au point orthographique d'ailleurs incomplète.

En ce qui concerne la compétence du tribunal appelé à statuer sur les articles 192 et 193, il faut l'attribuer au tribunal correctionnel. C'est ce qui ressort de la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Paris a décidé :

Que les peines des articles 192 et 193 sont correctionnelles et de la compétence des tribunaux répressifs et qu'il n'y a pas lieu d'étendre à ces cas la règle de l'article 50 du Code civil (1) qui doit être limitée au cas d'irrégularités dans les registres ; et qu'enfin « l'incompétence du tribunal civil » pour ces cas doit être résolue d'office par le juge.

Quant au caractère de la pénalité, aux personnes qu'elle frappe, et à son taux, la loi n'a rien changé.

A ce dernier point de vue, on peut penser qu'elle a eu tort.

L'article 192 édicte un effet une amende d'un maxi-

1. Art. 50. — « Toute contravention aux articles précédents sur la tenue des registres de l'état civil de la part des fonctionnaires y dénommés sera poursuivie devant le tribunal de première instance et punie d'une amende qui ne pourra excéder 100 francs. »

mum de 300 francs contre l'officier de l'état civil délinquant ; et, contre les époux ou ceux sous la puissance desquels ils ont agi « une amende proportionnelle à leur fortune ».

On s'étonne que la loi, modifiant tant de dispositions ait laissé celle-là debout. En est-il une plus arbitraire, et d'une imprécision plus flagrante que celle qui laisse au juge le soin de prononcer une amende proportionnelle à une fortune, sans indiquer le taux de cette proportion.

Les exemples en sont heureusement rares, et la jurisprudence très pauvre sur ce sujet. Mais on peut en théorie raisonner sur le texte. Heureux ceux qui peuvent le discuter, sans avoir à l'appliquer. Pour première condition de la fixation de l'amende, il faut procéder à l'évaluation de la fortune du prévenu, puisque c'est d'elle que dépendra l'hypothétique proportion de l'article 192.

Or, comment arriver à cette évaluation ? Nous n'en connaissons pas d'exemple ; et on se rend suffisamment compte de l'impraticabilité et de l'inexactitude de tous sondages faits et à faire pour croire qu'on arrive à aucune solution. A supposer, cas improbable, que cette fortune soit évaluée par un tribunal, sur quelles bases se proportionnera l'amende ? A quel pourcentage arrivera-t-on, quel taux adoptera-t-on ?

On n'attend pas de nous une réponse, que nul tribunal n'a jamais fournie.

Enfin et surtout, on ne voit pas quelle est juridique-

ment la raison d'être d'une amende proportionnelle : les cas en sont rares, presque inappréciables au Code Pénal. Celle-ci, au Code civil, est inexplicable, d'autant plus que la qualité et la fortune du prévenu apparaissent comme complètement indépendantes de la gravité du délit dans une pareille matière.

C'est là une disposition irréfléchie du Code que la nouvelle loi eût dû faire disparaître.

Il est inexplicable qu'elle n'en ait rien fait.

Appréciations Critiques

Voilà donc exposée la conception nouvelle de la publicité antérieure au mariage par la loi de 1907, réalisée en un système dont on peut synthétiser l'aspect par le sommaire suivant :

Réduction à une seule du nombre des publications.

Suppression de la publication orale.

Délai de compétence : Dix jours comprenant deux dimanches.

Nouvelle détermination du lieu de publication.

Création d'une publicité subsidiaire spéciale.

Maintien d'une publicité supplémentaire.

Extension du système des dispenses.

Maintien des pénalités préexistantes.

Il a été dit pour chacun de ces principes ce qu'il y a lieu de penser des innovations ou de la conservation des anciens errements.

On peut, l'examen terminé du détail, faire face en arrière pour en prendre une vue d'ensemble, se créer une opinion générale du nouvel état de choses et de la disposition législative qui en a été la créatrice.

A ce point de vue, disons-le de suite, si beaucoup de questions secondaires, si même certaines parties principales, telle l'organisation des dispenses, sont traitées de façon satisfaisante et constituent de réels progrès, l'ensemble du système des publications semble manquer de proportions. C'est comme une œuvre inachevée, un essai timide vers un résultat inavoué, mais pourtant entrevu.

C'est plutôt la résultante de quelques aspirations, que le mouvement en avant franchement et fermement dessiné.

Cette impression, du reste, résulte, on pourra le voir, de l'ensemble de cette loi qui représente assez bien ce qu'on pourrait appeler une « étape législative ».

La législation du Code révélait dans son principe un aperçu rigoureux des conditions de publicité du mariage. L'application en était sévère, et parfois le droit froissait passablement la vie pratique.

Mais dans sa rigidité, elle formait un tout harmonieux dont les parties se complétaient mutuellement, C'était un ensemble cohésif.

Toute autre est l'impression produite par la nouvelle loi. A côté d'innovations comme celles qui concernent les dispenses, la réduction du nombre des publications,

la suppression de la publication orale, révélatrices de tendances hardies, on retrouve le souci de mesures prudentes, de conciliations avec les anciennes exigences. De celles-là sont : le maintien de deux dimanches dans le délai de compétence, ainsi que celui des pénalités arbitraires instituées par le Code.

Aussi pouvons-nous dire que l'œuvre de 1907 n'est qu'un acheminement. Vers quel but ? Vers la transformation, sinon la suppression de la publicité antérieure au mariage. Et, en considérant l'œuvre de 1907, cette transformation nous paraît souhaitable.

Quelle efficacité présente l'organisation actuelle ? Une affiche portant projet de mariage entre deux personnes, demeure durant dix jours exposée dans un cadre à ce destiné. Quiconque a eu la curiosité de constater l'application de la loi revient édifié. En ville, l'amoncellement des feuilles de publication est tel, dans les placards disposés dans les vestibules de mairie, qu'il est impossible avec la meilleure volonté du monde de les déchiffrer. En conséquence, publicité inefficace.

Dans les municipalités rurales, à supposer vérifiée l'assertion que « le nombre des citoyens ne sachant pas lire est aujourd'hui une quantité négligeable » (1), les tableaux de mairies sont l'objet de l'indifférence la plus complète ; et c'est bien explicable par ce fait que les projets de mariage sont connus par la commune renom-

1. Péret et Rondelet, *op. cit.*

mée, et surtout par la publication à l'église que la loi ignore, mais qui est normalement la seule utile.

Donc, en ville, publicité illusoire ; dans les campagnes, publication superflue.

Voilà en pratique quel est l'effet de la publicité matrimoniale, telle qu'elle est comprise par le Code.

La loi nouvelle y a-t-elle remédié ?

En aucune façon.

Qu'elle ait mis en accord le droit et le fait, en omettant la publication orale ; qu'elle ait simplifié en supprimant une publication, cela est certain.

Mais sont-ce là des réformes bien considérables et bien utiles ? Nullement, puisque c'est la consécration légale d'un ordre de faits préexistant et fonctionnant en fraude de la loi.

Ce n'est pas là augmenter la valeur du système de publicité existante. En somme il faut convenir que l'affichage d'un projet de mariage agit fort peu par lui-même, beaucoup par le délai qu'il fait courir. Quelles sont en effet les personnes qui ont intérêt à être informées ? Certainement pas les indifférents, les étrangers à la famille des futurs époux ; car aucun droit ne leur est réservé pour empêcher l'union de se contracter. Alors, ce sont les proches, les parents du futur ménage, qui ont sans doute de bonnes raisons pour demander à être renseignés, afin de faire valoir éventuellement leur droit d'opposition dans la mesure où il leur est conféré. Mais, outre que, dans la plupart des cas, ils le seront

par la commune renommée, par les conversations de famille où il est peu probable que le projet reste secret, on peut dire hardiment que, dans le cas contraire, ce n'est pas la publication légale qui éclairera leur ignorance ; car elle n'agit en fait que d'une seule façon : comme point de départ du délai de dix jours avant l'expiration duquel le mariage ne peut être célébré. C'est là sa seule raison d'être et sa seule efficacité

Est-ce l'ancienne concubine du futur époux, abandonnée avec ou sans enfant ? Nous ne le croyons pas ; car, malgré le désir qu'elle peut avoir d'empêcher son ancien amant de convoler avec une autre, malgré l'immoralité trop fréquente des mariages suivant des abandons d'enfants, la loi refuse à la maîtresse délaissée, et même à la fille-mère, tout moyen régulier d'entraver l'union projetée dont la publication a pu l'aviser bien vainement.

Il ne suffit pas que les garanties nécessaires soient prévues et organisées par la loi. Encore faut-il qu'elles le soient d'une façon pratique et utile, et à ce point de vue, l'œuvre de la loi de 1907 n'est pas en progrès sur celle du Code.

Sans doute, il faut approuver l'innovation actuelle en ce qui concerne l'article 166 (lieu des publications), l'article 167 (les publications subsidiaires), et même, sauf dans sa teneur, l'article 168 (publications supplémentaires).

Mais il faut décider que, quant à l'économie de la

publication elle-même, quant à son mode de fonctionnement, elle laisse bien à désirer.

Ne pourrait-on y porter remède ?

Le système du Code s'expliquait à l'époque de sa création par ce fait que, toute presse étant à naître, l'affichage était le seul procédé de publication et de vulgarisation connu.

Mais aujourd'hui pourquoi ne pas abandonner le procédé désuet du Code, pour mettre dans la loi ce cas rétrograde en accord avec les modernes perfectionnements de l'information, et avec les habitudes actuelles.

Pourquoi la loi ne se servirait-elle pas de ce mode de renseignements qu'empruntent toutes les branches de l'activité humaine, que chacun emploie autant par habitude que par curiosité et auquel elle a fait appel elle-même dans plusieurs cas déjà : en un mot pourquoi ne recourrait-elle pas au journal ?

Elle a été précédée dans cette voie par les journaux régionaux eux-mêmes qui ont presque tous accoutumé de publier dans leurs feuilles les projets de mariage, et autres informations légales.

Cette innovation s'opérerait par l'adjonction à l'article 63 du Code civil d'un alinéa conçu en ces termes, rappelés de l'article 868 du Code de procédure civile :

« Cette publication sera insérée, à la poursuite de l'un des futurs époux, dans l'un des journaux qui s'impriment au chef-lieu d'arrondissement et, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux établis dans le département. »

« A Paris, l'insertion sera faite dans une des feuilles d'annonces judiciaires et légales qui y paraissent quotidiennement. »

Et ce, sans préjudice des autres dispositions relatives à la publicité, et qui ne sont nullement incompatibles avec la publication par journal. On pourrait conserver dans leur intégralité les dispositions des autres articles, en y apportant les modifications de forme nécessaires pour les mettre à jour.

Ainsi l'ART. 64. — « Le mariage ne pourra être célébré avant le dixième jour, depuis et non compris celui de l'insertion. »

ART. 166. — « L'insertion ordonnée par l'article 63 sera faite dans un journal du chef-lieu d'arrondissement ou subsidiairement dans l'un de ceux du département du domicile ou de la résidence de chacune des parties contractantes. »

ART. 167. — « Si le domicile actuel ou la résidence actuelle n'ont pas été d'une durée continue de six mois, l'insertion sera faite en outre dans un des journaux du chef-lieu d'arrondissement (ou subsidiairement de celui du département) du dernier domicile, et à défaut du dernier domicile, de la dernière résidence ; si cette résidence n'a pas une durée continue de six mois, dans un de ceux du lieu de la naissance. »

Partout ailleurs, il suffirait de substituer le mot « insertion », au mot « affichage », ou « publication. »

Comme nous l'avons constaté, il est patent que les projets de mariage se trouvent vulgarisés beaucoup plus

par la commune renommée que par n'importe quel mode de publicité.

Or, à ce point de vue, on sait qu'il n'est pas de nouvelles plus répétées et plus discutées que celles qui proviennent des journaux ; et il est, d'ailleurs, inutile de faire remarquer combien le journal est répandu dans toutes les classes de la société ; rares sont les familles où il ne pénètre pas, même dans les campagnes ; les habitudes modernes, confirmées par le passage des jeunes gens au service militaire ont fait du journal un besoin. Il est donc superflu de développer les avantages de ce système, il suffit de les indiquer par ces mots : substitution d'un mode de publicité moderne et efficace à un usage désuet et illusoire.

Malheureusement, l'objection qu'on peut y faire apparaît tout de suite : elle est d'ordre pécuniaire. Le législateur de 1907, dira-t-on, a conservé la publication à la mairie, tout en reconnaissant son imperfection, parce que c'est la seule qui puisse se faire sans causer aux futurs époux aucun déboursé ; la formalité est gratuite comme la célébration du mariage elle-même ; au contraire, si vous introduisez dans cette publicité légale des éléments étrangers, notamment des journaux qui ne sont soumis à aucune obligation de ce genre, votre insertion devient une opération onéreuse, un service pour lequel est due une rétribution ; est-ce là démocratiser le mariage, et en faciliter l'accès aux classes pauvres ?

Un tel raisonnement n'est pas rigoureux : il n'est pas

exact que la publication soit gratuite, du moins pour tous ; elle coûtait avant le 21 juin 1907 la somme de 1 fr. 20, montant des deux feuilles de papier timbré qui servaient à l'affichage, et actuellement son coût est de 0 fr. 60 depuis que le nombre en a été réduit de moitié.

Et cela, pour toutes les publications qui ne concernent pas les indigents, rentrant dans les conditions des articles 4 et 6 de la loi du 10 décembre 1850.

Ceci posé, nous prétendons que, quant aux non-indigents, la somme de 0 fr. 60 actuellement affectée à l'achat à l'Etat d'une feuille de papier timbré, trouvera son emploi plus utile dans le coût d'une insertion, coût qui ne lui sera certainement pas supérieur ; la seule différence apportée par ce nouveau système ne sera pas éprouvée par les futurs époux, mais par l'Etat qui se verra affecté de ce fait d'un manque à gagner de 0 fr. 60. C'est une conséquence qu'il faut, à notre sens, admettre ; il est évident que le but de la loi, la bonne publicité du mariage, n'est pas atteint actuellement ; le procédé pratique dont on dispose, peut être efficace au temps du Code est devenu notoirement insuffisant ; il est même curieux à remarquer que dans un siècle où la publicité commerciale a fait des progrès aussi formidables, le côté civil et légal de la question soit resté aussi en retard. C'est un peu l'effet de notre système législatif qui consiste à réparer, au jour le jour, le Code, dont bien des parties menacent ruine, au lieu de le réédifier

sur des fondations neuves ; d'autre part il est de l'intérêt de l'Etat que toutes les prescriptions de la loi, en ce qui touche le mariage, soient bien et fidèlement exécutées, notamment que sa publicité soit d'un fonctionnement sûr et efficace ; qu'il renonce donc au gain qu'il effectuait de ce chef ! l'institution matrimoniale ne pourra qu'y gagner.

Quant aux individus indigents que vise la loi de 1850, il n'y a pas de raisons pour ne pas leur conserver la gratuité de l'acte de publication ; elle n'est pas impraticable avec le système que nous préconisons : la loi sur l'assistance judiciaire n'a pas dérogé aux prescriptions de l'article 868 du Code de procédure civile, qui ordonne l'insertion dans un journal de la demande en séparation de biens ; pourquoi ne pas faire de même à l'égard de l'insertion publicative de mariage ?

Il y a actuellement dans chaque arrondissement un ou plusieurs journaux auxquels le monopole des annonces judiciaires et légales est réservé, sous condition que les insertions d'assistance judiciaire y seront faites gratis ; rien à notre avis, n'empêcherait que leurs bénéfices, croissant avec les insertions payantes, la même charge leur fût imposée de publier les projets de mariage des indigents.

Envisagée de cette façon, l'objection tombe d'elle-même. Ainsi disparaîtrait le système actuel d'une utilité si discutable ; celui que nous avons proposé sommairement d'y substituer aurait l'avantage de sauvegarder avec plus d'efficacité le principe nécessaire et menacé des publications.

CHAPITRE II

DU DOMICILE MATRIMONIAL

Articles 74 et 165. — Déterminer le domicile matrimonial d'une personne, c'est définir le lieu où peut être célébré son mariage ; et par là, on n'entend pas d'une manière précise, l'endroit, le local où doivent s'accomplir les formalités prescrites, question de forme, sur laquelle la loi de 1907 n'a pas innové et que nous ne traiterons pas.

La fixation du domicile matrimonial est l'énonciation de la, ou des communes où le mariage peut avoir lieu, et hors desquelles il ne peut être célébré.

Quel est l'intérêt d'une semblable détermination ? Il est double :

C'est d'abord un intérêt de publicité : il importe que l'union légale soit connue de tous les intéressés : l'histoire révèle suffisamment le soin qu'a toujours pris le législateur de prévoir surtout, et, subsidiairement, de punir les mariages clandestins. Et, à ce point de vue,

définir le domicile matrimonial est capital : le laisser entièrement au choix des parties, serait ouvrir une porte à toutes les régularisations dangereuses, à toutes les tentatives de fraude à la loi ; combien de mariages se concluraient dans des conditions malheureuses ou honteuses, si une certaine crainte ne retenait encore les contractants de le voir célébrer au centre de leurs relations !

Ensuite, il est d'une bonne administration de fixer des limites au ministère de chaque officier public, pour éviter tout conflit de compétence, et assurer l'égale répartition des services.

Ces considérations, tant civile qu'administrative, ne doivent pas entrer en conflit avec une autre d'un caractère sociologique : le souci de favoriser l'institution du mariage, et, à tout le moins, de lui laisser la liberté dont elle a besoin pour se développer, en respectant les principes juridiques qui règlent son sage fonctionnement. A vouloir les concilier, le législateur court grand risque de méconnaître les préceptes théoriques sans respecter les données pratiques.

Cet écueil, la loi nouvelle a-t-elle su l'éviter ? On le verra plus loin. Il est nécessaire d'envisager auparavant et d'une façon succincte les précédents historiques.

1^o Inutile, pour le faire, de remonter à une époque antérieure au Concile de Trente ; c'est lui qui fixe le premier les règles de la matière. Il ne le fait d'ailleurs, qu'accessoirement ; c'est comme corollaire d'un autre

problème juridique qu'il formule des règles précises sur le domicile matrimonial, celui de la compétence du prêtre célébrant : à cet égard il émet un principe formel : le mariage n'est valable que contracté devant le *proprius parochus* de l'une des parties ; la compétence de cette autorité est d'ailleurs personnelle, et il importe peu que son ministère s'exerce dans sa paroisse ou dans une autre, la célébration du mariage où il n'est que témoin qualifié ne rentrant pas dans la catégorie des actes de juridiction. Mais il n'en est pas moins nécessaire de savoir quel est le prêtre, qui aura vis-à-vis de telle ou telle personne, la qualité relative de *proprius parochus*. La détermination résulte accessoirement de la fixation du domicile matrimonial, de celui dont il doit nécessairement bénir l'union.

A cet égard, on appliquait un critérium, produit de la combinaison d'une théorie médiévale, conçue par les légistes, avec un texte canonique relatif à un ordre d'idées spécial (1).

Les commentateurs distinguaient en effet, au point de vue juridique :

1° Le domicile d'origine, créé par le fait de la naissance ;

2° Le domicile réel ou *domicilium habitationis*, établi au lieu où une personne s'installait avec la ferme intention d'y rester d'une façon durable ;

1. *De Penitentiis*.

3° Enfin la simple résidence, le séjour sans durée préfixée.

Cela étant rappelé, le curé du domicile d'origine n'a jamais eu compétence en matière matrimoniale.

Au contraire, compétence était unanimement reconnue au curé du *domicilium habitationis* dans tous les cas, le séjour fût-il inappréciable, le domicile fût-il instantané. C'est là un point certain.

Ce qui l'est moins, c'est la compétence que conférait au curé d'une paroisse, le séjour d'un de ses fidèles à titre de simple résidence. Beaucoup de commentateurs se refusent à l'admettre. Les autres distinguent, et c'est là qu'intervient le texte canonique dont il a été parlé : il était d'usage que chacun se confessât une fois l'an au curé de la paroisse dont il faisait partie depuis un an, ou à laquelle il avait appartenu pendant la plus grande partie de l'année ; cette règle religieuse fut étendue en matière matrimoniale ; les futurs époux résidaient-ils dans une paroisse depuis un an, il leur était loisible de s'y marier ; ils ne pouvaient le faire au cas contraire, que dans la paroisse de leur domicile réel. Cette distinction fut admise par le Concile de Trente, et interprétée dans un esprit plus libéral encore : certaines personnes, notamment les domestiques, furent autorisées à se marier dans une paroisse où elles ne séjournaient que depuis un mois ou deux.

Mais que se passait-il quand les futurs époux étaient tous deux sans domicile fixe ? Fallait-il leur interdire le

mariage sous prétexte qu'ils ne pouvaient s'adresser à leur *proprius parochus*? Une extension de la coutume religieuse de la confession fut encore appliquée à ces *vagi*; on leur permit (situation plus favorable que celle des domiciliés), de se marier à n'importe quelle paroisse; tout curé fut reconnu compétent, sous les deux seules conditions de se livrer à une enquête sur le compte des époux, et de demander l'autorisation au chef hiérarchique¹).

Telle fut la législation canonique sur le domicile matrimonial.

Elle ne fut pas reçue en France, ni plus ni moins d'ailleurs que les autres décisions du Concile de Trente.

La grande ordonnance de Blois de 1579 passe ce sujet sous silence, se contentant de faire dans l'article 40 un renvoi « aux Conciles ».

L'édit de Henri IV de 1606 n'en est que la répétition :

Comme il naissait des difficultés au sujet de savoir dans quelle paroisse les parties étaient domiciliées et depuis quel temps il fallait qu'elles y eussent commencé leur résidence, Louis XIV disposa, par l'édit de 1697 que le domicile matrimonial résulterait d'une résidence publique de six mois dans la même paroisse, pourvu que le changement de paroisse se fut fait dans la même ville ou dans le même diocèse; et qu'au cas contraire,

1. Esmein. *Le Mariage en droit canonique*, II, 177 ssqq.

le délai serait d'un an. On peut noter à ce sujet un curieux partage de compétence : si la durée de séjour était insuffisante, la célébration avait lieu par les soins du curé actuel, mais la publication des bans se faisait auparavant à l'ancienne paroisse, et par le ministère de son curé. C'était là une théorie toute nouvelle et bien distincte de celle des canonistes.

La loi de 1792 ne fit que la reproduire dans l'article 2 de la section II : « Le domicile relativement au mariage est fixé par une habitation de six mois dans le même lieu. »

La sanction d'ailleurs ne fut pas la nullité du mariage, ainsi que l'indique un arrêt de la Cour de cassation, du 12 prairial an II (1).

Au moment de la confection du Code, la question fut vivement discutée entre le premier Consul, Tronchet et Bigot-Préameneu (2).

En somme, on ne savait pas quelle était la solution préférable : célébration du mariage possible, soit au domicile réel, soit au domicile spécial acquis par un certain délai de résidence, soit cumulativement aux deux endroits.

2° Le Code avec sa rédaction actuelle est l'indice le plus sûr de ces tâtonnements, et il est loin d'avoir fixé la question.

1. S. 3.1. 322.

2. Procès-verbal de la séance du Conseil d'Etat du 4 vendémiaire an X.

Bien au contraire, son texte bilatéral a eu la fortune de soulever une ardente et longue controverse, qui n'a d'ailleurs, rien solutionné.

C'est le sort de beaucoup d'entre elles. Quoi qu'il en soit, il n'est pas sans intérêt de jeter sur elle un bref regard rétrospectif. On a l'impression, en considérant ensuite la loi nouvelle, d'une excessive simplicité.

Comme dans tout problème, il y a à exposer une donnée ; c'est ensuite seulement qu'il convient d'examiner l'ingéniosité avec laquelle les commentateurs en ont tiré parti.

La difficulté venait de la combinaison des articles 74, 102 et 165.

Si, en effet, le dernier posait impérativement le principe :

« Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du *domicile* de l'une des deux parties », il ne déterminait pas ce domicile. Était-ce le domicile général de l'article 102 (1), ou le domicile « quant au mariage » de l'article 74 (2) ?

Sur ce point d'interrogation, quatre théories ont été émises.

Les deux premières n'admettent que le domicile spé-

1. ART. 102. Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

2. ART. 74. Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile. Ce domicile quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.

cial de l'article 74, à l'exclusion de celui de l'article 102, Les deux autres, plus libérales, permettent la célébration dans l'un et l'autre domiciles.

Résumons-les brièvement :

1^o. *Le mariage ne peut être célébré qu'au domicile spécial de l'article 74.* — Cette opinion, disent ses partisans, se justifie en droit et en fait :

En droit, parce que le texte de la loi dit :

« Le mariage sera célébré devant l'officier de l'état-civil du domicile de l'une des deux parties » ; c'est là une disposition qui ne laisse place à aucune alternative (1).

En fait, quel est le vœu de la loi ? Que les mariages soient célébrés là où sont connus les époux, « or, le domicile de droit peut être inconnu, parfois fictif, il faut être jurisconsulte pour dire où il est » (2). Ce n'est donc pas de lui qu'il est question. On objecte que les inconvénients du domicile de droit seraient évités par l'application de l'article 167 : rien n'est plus faux ; l'article 167, organisant une publicité supplémentaire, concerne la *résidence*, et non pas le domicile de moins de six mois.

De plus un argument comparatif peut être invoqué en faveur de cette thèse, à savoir, que toutes les législa-

1. « Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, s'ils ne lui faisaient pas violence pour y chercher ce qu'ils désirent y trouver, il y aurait bien moins de questions controversées... Nous offrons un remède contre le mal. C'est le respect du texte et des principes. » Laurent, *op. cit.*, II, 531.

2. Laurent, II, 531, av. c. d'Etat. — Planiol, III, 13.

tions placent le domicile matrimonial non pas au domicile réel, mais à la résidence.

Enfin cette théorie a été consacrée par un avis du conseil d'Etat du 21 septembre 1803, aux termes duquel les militaires ne peuvent contracter mariage que devant l'officier de l'état civil de la commune où ils ont *résidé* pendant six mois sans interruption, ou devant celui du domicile de leur future épouse, fixé par l'article 74 du Code civil (1).

Tel qu'on le propose et le justifie, ce système permet le mariage au lieu où l'un des futurs époux possède une résidence de six mois, au moins, et là seulement. Encore faut-il que cette résidence soit *actuelle* ; il ne suffirait pas de l'avoir eue en une commune quittée depuis quelque temps et réintégrée pour les besoins de la cause.

C'est ce qui distingue cette première opinion de la seconde.

2^o Suivant celle-ci, le principe reste le même : une résidence de six mois est indispensable ; impossible de célébrer le mariage à moins. Mais quel est l'effet de cette résidence ? L'article 74, le dit : c'est d'établir un domicile matrimonial ; celui-ci une fois établi, le rôle de la résidence prolongée est terminé. Le bénéfice en est acquis, et quoi qu'on fasse, indestructible. Les futurs époux pourront bien aller résider ensuite ailleurs, ils

1. Maleville, t. I, 4. 181. — Delvincourt, I, 71. 2. — Duranton, II, 220-224. — Marcadé, art. 74, I.

auront toujours la faculté de revenir à leur domicile matrimonial pour y célébrer leur mariage. Ainsi, auront-ils le choix entre le lieu de leur résidence ordinaire et prolongée, et leur domicile matrimonial, fût-il même abandonné (1).

Rien ne combat cette interprétation, du moins en droit. Elle établit, dira-t-on, autant de domiciles matrimoniaux que de résidences de six mois, dans des lieux distincts ! Nous n'y voyons aucun inconvénient, la théorie jurisprudentielle, et d'ailleurs courante, en admet bien deux ! mais c'est en fait que nous ne pouvons suivre ses partisans, car elle aboutit à tourner la loi et à contrecarrer son esprit.

Contracter mariage dans une commune où l'on a résidé six mois dans un passé éloigné, c'est le faire dans un milieu où l'on est complètement inconnu, et pour ce motif, nous déclarons inacceptable cette interprétation de l'article 74.

Les deux autres admettent concurremment le domicile de l'article 74 et celui de l'article 102, avec une différence dans l'application.

3° Selon la première, qui n'a guère qu'un défenseur (2), la célébration du mariage peut avoir lieu soit à la résidence prolongée fixée par l'article 74, soit dans la commune du domicile général de l'article 102 ; mais, au cas où on n'aurait pas sa résidence dans ce dernier,

1. Demante. Programme, I, 194.

2. Coin-Delisle, art. 74, n° 6.

une habitation continue de six mois serait nécessaire pour s'y marier.

4°. — Enfin, une dernière solution était généralement admise ; la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine étaient d'accord sur ce point : la célébration du mariage peut avoir lieu, soit en vertu de l'article 74, dans la commune où l'une des parties réside depuis six mois sans y avoir son domicile, soit en vertu de l'article 102 et 165 combinés, dans celle où elle a son domicile sans y résider.

Deux arguments militent en sa faveur :

Raison historique. — On sait que le droit canonique, admettant dès l'origine le mariage au lieu du domicile, avait décidé plus tard de faire de même vis-à-vis de celui contracté au lieu de « l'habitation » plus ou moins prolongée.

Même décision, on l'a vu, de la loi de 1792, confirmée par décret de la Convention, du 22 germinal an II ; même solution en droit international privé, appliquée par circulaire du Garde des Sceaux aux Procureurs Généraux en date du 21 décembre 1871 (1), enfin, même opinion continuellement professée par la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de Cassation du 28 floréal, an XI, tant à l'égard des majeurs que des mineurs.

1. Cette circulaire s'appliquait à la situation des Alsaciens-Lorrains établis depuis peu en dehors des territoires cédés et leur permettait conformément à un vote précédent de l'Assemblée nationale, de contracter mariage au lieu de leur domicile réel.

Si, en effet, ceux-ci peuvent se marier au domicile de leurs pères et mères, de même l'usage, d'abord restreint aux artisans, puis généralisé à tous les mineurs, leur permet de le faire à leur résidence, sous les conditions de publicité supplémentaire prévue par la loi.

Seconde raison, celle-ci pratique : adopter l'une des deux premières théories, c'est imposer aux futurs époux, une sorte de stage de six mois, dans tout changement d'habitation. La dernière seule, encore qu'exigeante, est praticable.

Ainsi donc, voici quel était, sauf controverse, l'état du droit avant la nouvelle loi.

Majeurs. — La célébration du mariage des majeurs peut avoir lieu à leur choix, soit dans la commune du domicile réel de l'un d'eux (art. 102), soit dans celle de la résidence prolongée au moins pendant six mois. Donc, quatre communes différentes entre lesquelles le choix leur est laissé pour contracter leur union.

Mineurs. — Ils peuvent opter entre le lieu de leur résidence, et celui du domicile de leurs parents.

C'était la solution la plus libérale ; les dangers en étaient écartés par l'article 167 (1).

Il n'envisageait, il est vrai que l'hypothèse d'un mariage célébré dans la commune où l'un des époux réside depuis plus de six mois sans y avoir son domi-

1 ART. 167. — Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile.

cile ; it est muet en ce qui concerne le cas inverse. Mais l'extension de l'un à l'autre était généralement admise.

3° M. l'abbé Lemire a franchement posé la question sur le terrain des faits ; il l'a concrétisée en plusieurs exemples, il l'a considérée sous son jour économique et social, laissant à d'autres le soin d'en examiner le côté juridique.

« Il existe, dit-il (1), une classe populaire très nombreuse, pour laquelle l'application de cet article (art. 74) est souvent d'une difficulté extrême et parfois d'une impossibilité absolue. Nous voulons parler des bate-liers, forains, colporteurs et autres nomades. Ces gens, non seulement, n'ont point de domicile fixe, mais pour la plupart, ils n'ont pas de domicile réel, leur bateau ou leur voiture étant leur seule habitation. Il ne leur reste qu'un domicile légal, c'est-à-dire le lieu où ils sont nés.

« Vient le moment de se marier. Où voulez-vous qu'ils aillent ? Dans aucune commune ils n'ont une résidence de six mois, ni même de deux mois. D'autre part, les nécessités de la navigation et du commerce ou le manque de ressources les empêchent de se rendre en temps voulu, à leur domicile légal. Que faire ? »

Que faire ? M. l'abbé Lemire entrevoit immédiatement le but à atteindre. « La résidence devrait suffire pour le mariage. » Et cette résidence pour lui, c'est la rési-

1. Proposition de loi tendant à modifier plusieurs dispositions légales relatives au mariage. Exposé des motifs, ann. 651.

dence sans condition de durée ; telle qu'elle a été comprise par le législateur belge.

Prévoyant les objections, il les prévient et y répond d'avance :

« On objectera, dit-il, la clandestinité, mais, les jurisconsultes les plus éminents, ayant enseigné que le mariage peut être célébré au lieu du domicile établi « sans condition de durée »... si cette solution est inoffensive en ce qui concerne le domicile, pourquoi ne le serait-elle pas en ce qui concerne la résidence ? D'ailleurs les publications devant se faire, pour le cas de simple résidence tant dans la commune du domicile légal, que dans celle de la résidence, tout danger de clandestinité se trouve ainsi conjuré. »

Seconde objection. — « Si l'on objecte le danger de bigamie, la loi du 17 août 1897 exige que l'on mentionne la célébration des mariages sur les registres des actes de naissance et que l'on produise à l'officier de l'état civil, une expédition de cet acte qui ne remonte pas à plus de trois mois. Il s'ensuit qu'en la produisant, les futurs époux font connaître leur situation légale. Le péril de bigamie est donc écarté. »

Enfin il institue un système de publicité subsidiaire, condensé en l'article 167 et dont nous avons déjà examiné le mérite.

Constatons d'abord que cette conception du domicile matrimonial est très simple et très franche au point de vue sociologique de l'intérêt individuel. Que ne l'est-elle

aussi au point de vue juridique ! Il n'en est malheureusement rien ; que le régime du Code ait été sévère à l'excès, et que la rigidité de ses prescriptions ait empêché des unions approuvées de la morale, c'est très possible ; mais au point de vue juridique l'aspect du problème est tant soit peu plus complexe. Il faut considérer non plus l'intérêt particulier, déterminé par les vues égoïstes de chacun, les avantages de détail et les préférences exceptionnelles, mais le jeu de l'institution et l'avenir qui peut résulter pour elle des innovations plus ou moins hardies qu'on propose d'y apporter. Le juriste ne double pas l'économiste ; dans la balance sociale, il lui fait équilibre, et ce que l'un propose, l'autre doit le contrôler sévèrement avant de lui donner le caractère définitif et incommutable de loi. Il est souhaitable de lever les entraves antidémocratiques ; encore faut-il bien s'assurer avant de le faire, que l'institution ainsi délivrée ne perdra pas toute cohésion et ne s'effritera pas jusqu'à disparaître.

Débarrasser le mariage des nombreux principes coercitifs qui règlent son fonctionnement, n'est-ce pas émietter ses éléments, n'est-ce pas l'acheminer vers l'union libre, c'est à-dire vers sa propre négation ?

Alléger à l'excès le cadre qui lui garde sa forme et sa valeur, n'est-ce pas risquer sa perte ?

Quoi qu'il en soit, tout en reconnaissant la valeur des arguments proposés par l'honorable M. Lemire, le premier n'est pas irréfutable.

Il est bien vrai que permettre la célébration du mariage, dans la commune du domicile sans condition de durée, est une mesure inoffensive. Dire la même chose de la célébration à la résidence, dans les mêmes conditions, est bien téméraire : Pourquoi ?

Cela tient à une formalité très simple et pourtant d'une importance primordiale ; la déclaration à la mairie du nouveau domicile. Au termes de l'article 104 du Code civil, cette déclaration expresse par un individu, est la « preuve de son intention de fixer dans le nouveau domicile son principal établissement ».

C'est donc l'affirmation par le déclarant qu'il se considère comme faisant partie d'ores et déjà de la nouvelle commune où il arrive, puisqu'il a le ferme propos d'y installer le centre de ses affaires, et que le mariage qu'il va contracter dans cette même commune, après les délais de publication, est dès maintenant soumis à la connaissance et à l'appréciation de ses nouveaux concitoyens.

Assurément, cette déclaration n'a un semblable caractère, que si elle est le résultat d'une intention délibérément prise. Et on se demande quelle valeur pouvait avoir, en comparaison, la pratique que rappelle M. l'abbé Lemire dans sa proposition de loi : Le parquet de Douai, rapporte-t-il, avait accoutumé « de faire faire aux futurs époux une déclaration de domicile dans la commune où ils voulaient se marier, après renonciation à leur précédent domicile.... qu'ils pouvaient reprendre

aussitôt le mariage » Une déclaration faite dans ces conditions, outre qu'elle peut entraîner des complications, notamment au point de vue militaire, est une véritable fraude et plus qu'une simple « condescendance pour les difficultés de la vie ».

La déclaration, faite sincèrement dans l'esprit de la loi, donne au domicile nouveau un caractère spécial et officiel, inaccessible à la simple résidence ; car, pour celle-ci, le nouvel arrivant ignoré des pouvoirs publics, résolu à ne séjourner dans la commune que le temps strictement nécessaire à son mariage, est un inconnu qui tourne la loi.

Pourquoi n'aurait-on pas prescrit une déclaration de résidence analogue à la déclaration de domicile, déclaration qui aurait fait connaître officiellement le nouveau résidant, l'aurait, pour ainsi dire, présenté à la municipalité, et lui aurait évité de faire, de propos délibéré, une déclaration mensongère sur son intention de prochain établissement ?

Mais la principale objection n'est pas là :

La proposition Lemire adoptée sans discussion à la Chambre, soutenue au Sénat par le rapporteur, supposait la publication du projet de mariage dans la commune de la résidence, « sans condition de durée ». C'est là une expression déplacée, car elle ne pourra en tous cas éviter le délai de dix jours de la publicité de l'article 64. C'était donc une résidence de dix jours qui créait le domicile matrimonial.

C'est alors que le Sénat dans sa première délibération s'inquiéta de savoir quel serait le critérium de cette résidence, à quel signe se distinguerait la résidence *ad nuptias* de n'importe quel séjour ou habitation dans la commune. Une demande de renvoi à la Commission, fort habilement formulée par M. le sénateur Gourju, fut combattue par le rapporteur ; mais le renvoi fut voté, et l'article remanié pour être discuté ultérieurement.

La Commission, soucieuse de caractériser la résidence en vue du mariage, perdit de vue le but à atteindre.

M. le sénateur Gourju avait demandé un élément d'appréciation « substantiel et précis ». On voulait une *preuve* de cette résidence, la Commission lui assigna une *durée* : elle donna à l'article 74 cette nouvelle rédaction :

« Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi. »

Ainsi conçu l'article 74 prête à la critique :

On peut discuter : d'abord le mode de calcul du délai qu'il prescrit ; ensuite le fondement juridique et pratique de ce délai lui-même.

1° Au premier point de vue, rien n'est plus ambigu que le sens de l'expression : « Un mois d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi ». Est-ce une fois la publication effectuée, son délai légal de dix jours écoulé, ou au contraire le jour où elle est

affichée, que devra se calculer la durée de résidence des futurs époux. En d'autres termes, doit-on compter, pour apprécier le mois de résidence, les dix jours de la publication ; doit-on les exclure ?

Peut être doit-on pour répondre rapprocher de l'article 74 l'article 165 à peu près semblable dans ses termes :

ART. 165. — « Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence, à la date de la publication prévue par l'article 63, en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 169 ci-après. »

Cet article assimile au cas de publication celui de dispense ; et celui-là est bien clair : Il n'est pas douteux que le moment où doit être apprécié le mois de l'article 74 est celui où la dispense est accordée, où son bénéfice est acquis, et que tout le temps qui s'est écoulé entre la demande de dispense et son obtention fait partie du délai de résidence.

On devrait, raisonnant par analogie de l'hypothèse de dispense à celle de publication, en induire que la loi, en disant : « à la date de la publication », a considéré cette publication comme faite, et a entendu faire rentrer le délai subséquent de dix jours dans le mois de résidence ; cela équivaldrait à permettre à l'officier

de l'état civil de publier le mariage, en mettant à sa célébration la condition suspensive que le temps de résidence sera parfait au moyen du délai de publication.

Nous ne nous rangeons pas à cette opinion, faute de pouvoir admettre une célébration conditionnelle ; et nous pensons que le mois de l'article 74 doit être intégralement écoulé au moment de l'affichage du projet d'union.

2^o Outre la computation du délai inséré en seconde délibération de l'article 74, nous avons dit estimer que son fondement est discutable en droit comme en fait.

En droit d'abord, quelle base apporte au critérium de la résidence ce nouveau délai arbitraire d'un mois ?

De plus, qui sera appelé à le constater ?

La loi n'a pas statué.

Cette constatation semble devoir être faite (1) par le propriétaire, à défaut le concierge, ou le logeur, qui délivrera au résidant (dans quelle forme ? on l'ignore) un certificat constatant la durée de son habitation. A défaut de texte, il faut bien trouver un procédé quelconque d'application de la loi ; mais, on ne s'attendait pas à voir le législateur augmenter les attributions des concierges, et fournir à leur complaisance l'occasion de grasses rétributions. Et pourtant, en l'absence de toute prescription légale, il est impossible d'instituer un contrôle officiel.

1. *Rép. général de Notariat.*

Mais, objectera-t-on, la loi de 1907 n'est pas seule responsable. Le Code, dans son article 74, a aussi établi des conditions de résidence, dont il n'a pas déterminé le mode de contrôle !

Sans doute, mais pour cette durée relativement prolongée, le locataire pouvait produire des quittances trimestrielles de loyer ou des reçus de contributions. Il n'en est pas de même avec le délai abrégé d'un mois. Combien simplifiée serait la question, et combien sa solution serait plus juridique, si la loi avait prescrit cette seule formalité de la déclaration de résidence, que nous préconisons plus haut.

La démarche ne serait ni difficile, ni pénible, et l'officier de l'état civil pourrait justifier par une pièce authentique et sincère l'observation de la loi.

Cet état de choses constaté, l'idée du promoteur de la « résidence instantanée » était très nette et sa proposition, logique. Elle se basait sur deux arguments ; d'abord, les nomades demeurent quelque part, mais ils ne sont en fait, domiciliés nulle part. Ils se heurtent à la double impossibilité de se marier au lieu de leur naissance et au lieu d'une résidence de six mois. C'est leur interdire le mariage. Il est nécessaire de le leur permettre au lieu de leur résidence temporaire, si courte soit elle ; et comme la loi est forcément d'application générale, il faut étendre à tous le bénéfice de cette réforme faite pour quelques-uns.

Second argument. — Le Code fait à certains une

situation intenable en les empêchant de se marier avant l'expiration des six mois de l'article 74 ; et tous les exemples à l'appui sont fondés sur ce postulat que le mariage ne peut être célébré qu'au domicile de l'article 74. C'est là une base dangereuse. Car, comme le reconnaît M. l'abbé Lemire lui-même, un peu plus loin « depuis longtemps d'éminents jurisconsultes ont enseigné que le mariage peut être célébré au domicile réel et sans condition de durée ; cette opinion, qui est la plus accréditée, passe aussi pour la plus juridique ; elle est admise par tous les parquets ».

Donc, dans les cas proposés, les futurs époux ont mieux à faire que d'attendre l'expiration d'un délai ; ils peuvent faire une déclaration de domicile : le mariage leur sera possible immédiatement.

N'en eussent-ils pas la faculté, il faut bien avouer que ce ne serait pas encore là leur imposer un stage semestriel ; car, pour qui raisonne sur le *plerumque fit*, il sera toujours loisible de célébrer dans la commune de celui des deux époux qui a un domicile fixe. Et l'hypothèse d'un double changement de résidence est, hors le cas de guerre, assez rare pour qu'on ne puisse en faire le point de départ d'une réforme.

Ainsi donc, dans le principe, l'urgence de cette réforme était discutable. Son utilité n'était certaine qu'à l'égard d'une très petite minorité, et c'est le cas de retourner contre la loi ses propres armes : « C'est le *plerumque fit* qui doit nous préoccuper ; et il n'y a pas lieu, dès lors,

de sacrifier cet intérêt à une exception, importante sans doute, mais très rare ». (1).

Admettons cependant que, méconnaissant cette thèse, on trouve nécessaire un changement de législation facilitant l'accès du mariage, et sur ce point spécial, autorisant sa célébration à la résidence ; c'est alors la conception primitive qu'il faudra soutenir, celle de la « résidence instantanée ».

Sans doute, elle présentera certains dangers, elle sera une perpétuelle menace de clandestinité, contre laquelle il faudra instituer un système spécial de publicité, tel celui de l'article 167, dont l'efficacité est d'ailleurs, plus ou moins discutable. Tout cela est parfaitement admissible, et ainsi comprise, dans sa franchise, l'idée sera à admettre ou à rejeter en bloc.

Mais on peut difficilement concevoir un moyen-terme entre le délai de l'article 74 et l'absence de délai, entre le domicile matrimonial spécial et la résidence de droit commun.

Et c'est pourtant à cette dernière solution que s'est arrêtée la loi. Elle dispose en faveur d'un certain nombre de gens, qu'elle prive ensuite de son bienfait.

Ainsi a-t-elle agi vis-à-vis des nomades, qu'elle se proposait de pousser au mariage. Qu'il soit de six mois ou d'un mois, le délai que l'on leur impose, leur est presque aussi intolérable. Il leur est également impossible de demeurer quarante jours dans le même lieu que d'y

1. Proposition Lemire, Doc. parl. ann., 652, p. 7.

rester cent quatre-vingt dix, parce que leur vie est de voyager et que tout séjour leur est interdit.

Pour résumer l'effet de la nouvelle loi, en cette matière, on peut donc dire, que la mesure prise est d'une efficacité restreinte, mais que par contre, le danger de clandestinité s'est accru.

La nouvelle teneur de l'article 167 le prouve, sans peut-être y parer.

SECTION DEUXIÈME

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

De l'autorité de protection

La réforme principale de la loi du 21 juin 1907 porte sur d'importantes modifications du droit de famille. Sa seule raison d'être se trouve, en définitive, dans la simplification des formalités du mariage, que constituent principalement les démarches de l'enfant auprès de ses parents, pour obtenir leur adhésion à l'union qu'il projette.

En conséquence il est nécessaire de se rendre brièvement compte comment se fonde cette autorité de contrôle ;

Puis quelles sont ses limites.

Cette courte étude permettra d'apprécier quels doivent être théoriquement les rapports de famille, quelles mesures exigent le maintien de la puissance domes-

tique et l'intérêt de celui qui y est soumis, quelles concessions réciproques nécessite la mise en jeu de ces formes contraires.

Elle sera une utile introduction à l'examen historique du consentement des parents au mariage de leurs descendants, et à la critique des dispositions nouvelles qu'a prises la loi du 21 juin 1907 à ce sujet.

I. — FONDEMENT DE L'AUTORITÉ DE PROTECTION

Qualifier le pouvoir existant sur l'enfant entre les mains de certaines personnes d' « autorité de protection », c'est presque par là même en indiquer le caractère. Pourtant, dès avant de le préciser, il faut se fixer à cette expression, à l'exclusion de celle de « puissance paternelle », qui est impropre dans les hypothèses que nous aurons à envisager.

L'explication en viendra d'elle-même, quand nous nous serons expliqué sur le fondement de ce pouvoir. Il faut donc, pour l'instant, se borner à enregistrer le mot de « autorité de protection » sans chercher à le définir. Outre qu'une définition *a priori* est toujours défectueuse, les devoirs et les droits que ce pouvoir comporte sont tellement nombreux et variés, que le Code ne les a pas cantonnés dans un de ces chapitres. Il les a traités au fur et à mesure de leur rencontre, ne formant le titre « de la puissance paternelle » que de quelques données spéciales qu'il n'avait pas pu insérer ailleurs.

On peut dire seulement que le père ou la mère, ou

les ascendants ont le droit, dans des conditions déterminées, de diriger, de vaincre ou de suppléer la volonté de l'enfant pour la réalisation de ce qu'ils pensent être son bien.

Spécialement, au point de vue matrimonial, le mariage de l'enfant est soumis à un contrôle, de la part de l'autorité protectrice, quelle que soit son organisation, contrôle qui peut avoir pour subséquences, soit un empêchement radical à l'union projetée, soit un certain nombre de formalités dont le but est seulement de retarder cette union.

Ce pouvoir sur un être que sa naissance a fait libre peut sembler exorbitant. De la base qu'on lui assigne dépend l'opinion qu'on en doit avoir.

A ce point de vue, les théories n'ont pas pas manqué. Il est vrai qu'elles ont été ce que les ont faites le temps et l'état des mœurs. La civilisation romaine avait raisonné autrement que le moyen âge et nous ne concevons plus les rapports de famille comme au XVIII^e siècle.

Ainsi on s'explique que le droit romain ait établi l'autorité de protection de l'enfant sur un fondement politique. Très artificielle, sa doctrine place au centre de tout, comme pivot du monde matériel, moral, juridique, géographique, la *civitas*, Rome.

C'est l'Etat qui est l'image du pouvoir sans bornes, dans le temps et dans l'espace ; omnipotent sur l'ensemble de la République, il délègue une partie de ses pouvoirs au *paterfamilias* dans chaque groupement

familial ; le chef n'est que le mandataire de l'Etat, son pouvoir domestique fait partie intégrante du pouvoir politique, comme chaque famille n'est qu'une fraction de la confédération totale.

Ainsi comprise, on s'explique que l'autorité soit ordonnée complètement en faveur de celui qui l'exerce et qu'elle mette de son côté tous les droits, de l'autre tous les devoirs. Les institutions se manifestent imbues de ce principe ; les décisions du chef de famille ont, pourrait-on dire, force exécutoire. C'est le triomphe de la thèse qui fait de l'autorité protectrice une création de la loi.

Toute voisine est celle qui l'attribue à une convention : c'est la résultante d'une foule de pactes sociaux conclus au moment de la naissance entre l'enfant et ses parents, pactes en vertu desquels l'un, conscient de sa faiblesse, de son état de nudité physique et morale, reconnaît aux autres un pouvoir sur lui-même, en échange duquel ils lui donneront aide et protection. C'est là la théorie de Rousseau. Elle n'en est pas moins hasardeuse, pour qui ne peut admettre un pacte, même tacite, entre des êtres dont l'un n'a pas son libre consentement ; et elle aboutit à l'abolition de l'idée d'autorité, par ce postulat que l'adhésion de l'enfant est nécessaire.

Nous croyons le problème beaucoup plus simple :

Pourquoi chercher une origine légale à une institution à la fois plus ancienne et plus naturelle que la loi.

Que la loi ait institué l'autorité dans la famille, que

l'Etat profite dans une très grande mesure de la bonne organisation des pouvoirs domestiques, ce n'est pas niable. Mais il faut reconnaître que l'origine n'en est pas là, qu'elle est préexistante à toute législation, à tout pacte social, qu'enfin, c'est une constatation, et non une création de la loi.

Même ainsi établies, les théories ont bien évolué. Combien étaient restées romaines, au fond, les idées de Grotius (1), puis de Montesquieu (2), enfin de Portalis (3), qui imaginaient en guise d'autorité paternelle un véritable droit de propriété !

Sans doute, il se peut que dans « l'amour que la nature a mis dans le cœur des pères » se trouve mêlé comme un sentiment de propriété sur l'être qu'ils ont engendré, puis élevé, qu'on l'attribue au fait de la génération comme Grotius ou à celui de l'éducation et des soins matériels comme Montesquieu et Portalis. Mais cela appartient au domaine du sentiment, et, quel qu'en soit la vérité et la respectabilité, nos théories modernes sur la propriété interdisent d'y chercher le fondement d'une autorité familiale.

1. Grotius, *Traité de la guerre et de la paix*.

2. « Le consentement des pères est fondé sur leur puissance, c'est-à-dire sur leur droit de propriété. Il est encore fondé sur leur amour, sur leur raison, et sur l'incertitude de celle de leurs enfants que l'âge tient dans l'état d'ignorance, et les passions dans l'état d'ivresse... » *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. VI.

3. « Une sorte d'esprit de propriété ajoute encore à l'amour que la nature a mis dans le cœur des pères. »

Enfin, une dernière conception, la plus moderne, de cette autorité, consiste à la placer dans une juste corrélation, dans un heureux équilibre de droits et de devoirs.

« Le droit et le pouvoir des pères et mères est fondé sur l'obligation qui est imposée par Dieu et par la nature aux hommes, comme aux autres créatures, de conserver ceux à qui ils ont donné naissance jusqu'à ce qu'ils soient en état de se conserver eux-mêmes. » (1).

Ainsi, on admet l'autorité, mais seulement dans l'intérêt de l'enfant, exclusivement exercée pour sa protection. Ce n'est que l'équivalent de l'état de dénuement où il se trouve, avant l'âge d'homme,

Il s'ensuit très logiquement que, du jour où l'enfant est arrivé à l'âge qui lui permet de « se conserver lui-même », la dette est réglée, il cesse d'être créancier de ses parents en vertu du titre que constituait sa naissance.

Par contre il se trouve leur devoir de la reconnaissance ; mais, suivant cette même théorie, c'est pour lui une obligation purement morale, dont l'exécution est sans doute louable, mais l'inexécution couverte d'une immunité absolue.

C'est bien là ce qu'exprime Kant en ces termes :

« Mais l'âge de l'émancipation étant arrivé, ils doivent renoncer à leur droit paternel de commander, comme aussi à toute prétention de dédommagement pour les soins et les peines qu'ils ont eus jusque-là ; et

1. Locke. *Du gouvernement civil*, chap. V, p. 113.

l'obligation que l'enfant leur doit en échange, une fois son éducation terminée, ne peut être considérée par eux que comme un simple devoir de vertu, c'est-à-dire un devoir de reconnaissance. » (1)

Cette théorie ne nous apparaît pas, prise isolément, comme plus admissible que les autres. Certainement les pouvoirs doivent être en rapport direct avec les obligations, et l'autorité doit s'exercer principalement en faveur de l'enfant.

Nous disons « principalement » et non pas « exclusivement » ; il ne faut pas voir les devoirs et les droits dans le sens inverse de la théorie romaine ; et nous considérons comme douteuse moralement, et socialement dangereuse l'opinion selon laquelle l'enfant est créancier de ses parents, sans que, dans cette sorte de contrat, on mette à sa charge autre chose qu'un vague devoir de reconnaissance, dépourvu de toute sanction.

Comment apparaît donc fondée l'autorité protectrice idéale dans l'état actuel de nos mœurs et de nos droits ?

Dans une combinaison des systèmes qui ont été brièvement rappelés.

L'enfant de famille doit être à la fois le sujet et l'objet du pouvoir domestique, et ce pouvoir, d'origine natu-

1. Kant. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*. Part. I. ch. II. sect. III. Tit. II, § 28.

relle, doit persister entre les mains de ceux à qui la nature l'a confié.

Aussi la doctrine de l'absorption de l'individu par l'Etat, la concentration des pouvoirs à la disposition exclusive de la puissance publique, semble-t-elle non seulement périlleuse quant à ses effets, mais profondément irrationnelle, quand bien même on la mitigerait en consentant aux chefs de famille des délégations à la façon romaine. A ce titre nous répudions comme de dangereuses utopies, dont la discussion a fait et fera le sujet de nombreux débats d'économie politique, les projets de l'époque révolutionnaire (1).

Antérieure, nous l'avons dit, à la puissance publique puisqu'elle a sa source dans la nature même, il est logique de laisser l'autorité aux parents dans un double intérêt, celui de la société et celui de l'enfant.

Pour le bien de la société, il a été admis que les droits doivent être corrélatifs aux devoirs, et que l'autorité sur l'enfant doit se trouver proportionnée aux obligations contractées envers lui.

1. Projet de loi de Lepelletier de Saint-Fargeau, lu à la Convention par Robespierre le 13 juillet 1793 sur l'éducation en commun de tous les enfants de la République.

« Il est temps de rétablir ce grand principe qu'on semble méconnaître que les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents. » Danton, Séance du 22 frimaire an II.

« La Patrie seule a le droit d'élever les enfants. »

(Robespierre, 18 floréal an II.)

Pour exercer l'une, il faudrait être à même de remplir les autres, et il faut reconnaître qu'à ce point de vue, l'Etat est incapable d'atteindre les mêmes résultats que la famille naturelle, fût-il en mesure de donner à l'enfant une instruction que beaucoup de facteurs, parmi lesquels l'émulation, rendent excellente ; il lui est entre autres choses, impossible de le faire profiter de cet autre bien, aussi précieux, qu'est l'éducation, et qui s'acquiert dans la famille, par la force des choses, et sous l'influence dominante de l'exemple.

Or les qualités d'un Etat sont en raison directe de celles de ses citoyens.

Nous sommes loin de partager l'opinion suivant laquelle « la protection de la famille couvre des intérêts privés, individuels ou collectifs, mais jamais d'intérêts publics » (1).

Protéger la famille, c'est bien chercher à augmenter les forces physiques, morales, intellectuelles de l'individu ; et y coopérer chacun dans sa mesure n'est ce pas concourir en même temps qu'à l'amélioration de la collectivité, au progrès public ?

La famille n'est qu'une cellule de l'agrégat social ; pour l'Etat comme pour le groupement familial, la prépondérance appartient à qui sait le mieux préparer et obtenir la mise en valeur des individus. Nous concluons à ce dernier point de vue à l'avantage de la famille.

1. Degon, *Étude sur le consentement de la famille au mariage*, Paris, 1899.

C'est aussi dans l'intérêt de l'enfant que l'autorité de protection restera confiée à ses détenteurs naturels.

« Les enfants ont de la raison, mais elle ne leur vient que par degrés. Il ne suffit pas de les nourrir, il faut encore les conduire ; déjà ils pourraient vivre, et ils ne peuvent pas se gouverner (1). »

Tant que l'enfant n'est pas arrivé à l'âge légal où son développement, joint à l'exercice nouvellement conféré de ses droits lui permettent de vivre juridiquement, quelle autorité le protégerait plus efficacement que sa famille, dont l'appui sera éclairé par l'affection et la sollicitude que créent les liens du sang ?

Ce sont les éléments moraux de cette catégorie qui assureront beaucoup mieux que toute mesure légale, une protection exercée dans l'intérêt de l'enfant avec l'aide d'une autorité animée du même esprit.

Mais il ne faut pas que cette autorité se manifeste exclusivement au profit de l'être protégé : la nécessité sociale exige que des règles coercitives imposent à l'enfant, même après le moment où il a cessé d'avoir besoin de ses parents, des obligations vis-à-vis de ceux-ci, quand bien même son intérêt apparent lui conseillerait de s'en affranchir.

Loin d'approuver les doctrines de Locke et de Kant que nous avons citées plus haut, nous croyons que ces obligations, postérieures à l'appui familial, doivent être

1. Montesquieu. *Esprit des Loïs*. L. 13, chap. I.

sanctionnées par la loi positive, comme étant plus qu'un devoir de conscience. C'est une idée admise par la législation française, et suivie d'applications dans l'ordre moral (art. 371) (1) comme dans l'ordre matériel (art. 205) (2) c'est bien là que la loi, qui ne crée pas l'autorité familiale, doit intervenir pour l'organiser ; *a fortiori*, doit-elle se garder de l'affaiblir. Utile au début du XIX^e siècle (3), une législation conservant sévèrement les prérogatives des « Anciens » dans la famille est aujourd'hui indispensable.

L'esprit de famille traverse actuellement une crise dont les causes sont multiples : la facilité avec laquelle se fondent et se détruisent les foyers, le développement de la grande industrie, la rapidité et la modicité des moyens de transport accélèrent l'émiettement des groupements domestiques ; d'autres manifestations : diminution du respect filial, affaiblissement de certains principes religieux, sont plus inquiétantes encore. Ces phénomènes aboutissent à un effet sensible dans les mœurs.

1. ART. 371. — L'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

2. ART. 205. — (Loi du 9 mars 1891, article. 2) Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin...

3. « Ce qui manque le plus en France, c'est le sentiment et l'habitude du respect. »

M^{me} de Staël. *De l'Allemagne*. III^e partie. Chap. 3.

Que la loi ne les consacre pas ! ce n'est pas le moment de saper l'autorité familiale ; bien au contraire, il faut la renforcer, l'étayer, comme le soutien de l'ordre social. On pourra préférer alors le fameux : *Quid leges sine moribus ?*

Nous répondrons que la loi est un cadre dans lequel viennent s'insérer les institutions. Tant qu'il reste rigide, il maintient l'ensemble en dépit des accidents réparables. Si on vient à le détruire, c'est la ruine totale.

Que la loi soutienne aussi longtemps qu'elle le pourra l'autorité familiale, ne fit-elle que conserver les formes et sauver les apparences ; permettre sa disparition ou y aider, serait hâter l'effacement de l'autorité sociale.

C'est dans ce sens que, nous rapprochant de la théorie romaine sur le fondement de l'autorité protectrice, nous combattons la thèse qui veut son maintien dans l'intérêt exclusif de l'enfant. Nous croyons sa base plus large et nous lui attribuons une finalité plus haute, l'avantage immédiat de l'être protégé dût-il se trouver en conflit avec l'intérêt général.

Si on envisage le problème au point de vue spécial du droit matrimonial, c'est là qu'apparaît le plus évidemment l'opportunité de la théorie que nous défendons : autorité sur l'enfant, exercée dans son intérêt, mais non dans son intérêt *exclusif*.

En effet, le mariage ne concerne pas seulement les futurs époux.

Demolombe a fait ressortir le triple intérêt que l'union engage :

« La loi, dit-il, soumet les futurs époux à l'obligation de demander le consentement ou le conseil de certaines personnes. Il le fallait d'abord et avant tout pour les futurs époux eux-mêmes qu'il importe d'éclairer et de défendre contre les séductions, contre les égarements des passions. Pour la famille très intéressée à ce qu'un mariage fâcheux ne lui crée pas des rapports d'alliance et de parenté tout à fait mal assortis. Pour la société elle-même, enfin, très intéressée au maintien de la discipline domestique et du bon ordre des familles, et qui doit, dès lors, ne prêter son concours à la célébration d'un mariage, que lorsque les enfants ont accompli envers leurs père et mère ou autres ascendants, ces devoirs de déférence dont ils ne pourraient pas, sans ingratitude et sans impiété, s'affranchir dans une telle occasion. (Demolombe, t. III. p. 56.)

Le contrôle maléfical protège le futur époux d'abord.

Sa légitimité n'est pas contestable puisqu'on l'admet jusqu'à l'âge de la majorité pour tous les actes juridiques, (sauf de rares et infimes exceptions) qu'il a à accomplir. Quelle que soit la date à laquelle on fixe la majorité matrimoniale, il faut admettre que l'exercice de l'autorité, alors protectrice, se justifie *a fortiori* (1).

1. « C'est aux pères à marier leurs enfants, leur prudence à cet égard sera toujours au-dessus de tout autre prudence. La nature donne aux pères un désir de procurer à leurs enfants des successeurs dans les divers degrés de progénitures, ils se voient insensiblement avancer vers l'avenir. »

(Le Play, 12 juillet 1871.)

La loi prémunit l'enfant contre son inexpérience dans les actes ordinaires, et elle le laisserait désarmé contre lui-même quand son être est en lutte avec la passion !

Mais ce contrôle ne joue pas un rôle aussi simpliste ; il est, pour ainsi dire, à double effet : protégeant l'enfant de famille contre lui-même, il protège aussi la famille contre l'enfant. C'est dans cet esprit que nous avons déclaré que l'autorité domestique ne devait pas agir dans le seul intérêt de l'individu qui lui est soumis.

Et la loi, (avant 1907) l'a implicitement reconnu en exigeant le consentement des parents, puis leur conseil, suivant l'état de minorité ou de majorité de l'enfant, l'union à contracter ne fût-elle pas la première, eût-elle été précédée d'une ou plusieurs autres : c'est l'indice que la puissance ne s'exerce pas seulement pour l'enfant, qui a déjà l'expérience du mariage, mais aussi dans l'intérêt du groupe familial.

Est-ce à dire qu'il est souhaitable de voir cette autorité agir dans ce second sens ? nullement. Mais il faut réserver la possibilité de son exercice, et en assurer le libre jeu.

En somme, il faut, aujourd'hui plus que jamais maintenir haute et ferme l'autorité familiale en matière de mariage. C'est une nécessité sociale ; (1) est-ce équiva-

1. Notre salut ne peut venir que de la seule autorité qui dans cet état d'erreur profonde demeure, en vertu de la loi naturelle, dévouée à ses subordonnés. (Le Play, 12 juillet 1871.)

lent à en faire l'apanage exclusif et sans bornes de ceux à qui elle est confiée ?

C'est très différent ; entre les deux idées se pose la question des limites à lui assigner.

II. — LIMITES DE L'AUTORITÉ DE PROTECTION

L'autorité familiale, sévèrement comprise et strictement assurée par les sanctions de la loi positive est une conception théorique, dont l'application est indispensable à l'ordre social, mais qui pourrait conduire à l'arbitraire si on n'en déterminait pas les fins : certaines constatations, d'une part, en fixent les limites naturelles ; elle subit, d'autre part, certaines limitations juridiques.

Les premières sont des considérations de droit naturel et des nécessités économiques,

Le mariage est l'union de deux êtres incomplets ; sa réalisation est le résultat d'aspirations d'ordres nombreux et divers et la satisfaction de l'instinct qui pousse tout organisme vivant à la perpétuation de l'espèce. Par ce caractère, il est en dehors et au-dessus de la loi positive ; il lui est préexistant et ne doit avoir de rapports avec elle que dans la mesure où l'exige le bien de l'individu ou de la collectivité. Là seulement est la raison d'être des règles légales qui le régissent en tant qu'institution ; tout obstacle établi sur un autre fondement doit-être écarté, comme gênant inu-

tilement l'exercice d'une force naturelle et contrariant sans motif « le droit au mariage ».

Autant l'autorité du père de famille (ou de ceux qui le suppléent) est légitime et respectable, quand de son exercice raisonnable et raisonné résulte une défense de l'individu ou du groupement familial, autant il faut veiller à ce qu'elle ne se manifeste pas tracassière sans raison, à ce qu'elle n'entrave pas sans utilité la liberté que tous doivent avoir en matière matrimoniale. Et c'est là un soin bien délicat, pour la loi qui doit prévoir et réglementer *a priori* sans pouvoir statuer sur les espèces.

Il faut tenir compte aussi de l'évolution. Pour qui admet une origine surnaturelle au mariage, en lui attribuant une essence divine (*divini et humani jures communicatio*, selon la célèbre définition de Modestin) c'est une exigence inadmissible ; pour cette théorie, il est évident que telle l'union légale a été conçue et consacrée dans son principe, telle elle doit rester, immuable et intangible, à travers le temps.

Il faut pourtant convenir que le mariage est une institution avant tout sociale : Sans société, pas de mariage, au sens juridique du mot, pas de réglementation légale de l'union des sexes ; organisé par et pour la société avec des modifications suivant les différences ethniques, religieuses, politiques, morales etc... qui existent entre les peuples, la vie matrimoniale doit évoluer parallèlement à la vie économique et sociale de ces

peuples. Or, à ce point de vue, la transformation perpétuelle et lente est sensible ; déjà large est le fossé qui nous sépare de 1804, les conceptions du Code sont désuètes, et en partie responsables du discrédit qui affecte l'autorité familiale.

Au moment de la confection du Code, la famille n'est plus à forme patriarcale, ainsi que le fait fort justement ressortir M. Frank Bernard (1), elle n'est même plus la famille souche ou quasi-patriarcale de l'ancien régime, mais elle présente encore une certaine solidarité entre ses membres ; tout se tient ; elle témoigne encore d'une certaine cohésion, d'une certaine consistance.

Conséquence toute naturelle, le législateur a constaté cet état et s'en est inspiré dans son œuvre. Il a donné à l'autorité de protection des pouvoirs étendus sur l'enfant, notamment au point de vue matrimonial ; il s'est affilié aux doctrines romaines au point qu'on a pu dire qu'à ce moment « la *patria potestas* a conservé toute sa force » (2). L'expression est exagérée, puisque la puissance paternelle du XIX^e siècle pouvait faire l'objet de dessaisissement et de déchéance, alors que la *patria potestas* avait un caractère beaucoup plus stable ; mais elle fait percevoir l'absence de contrôle dont le Code a gratifié l'autorité familiale. Une idée utopiste a fait oublier aux

1. Frank Bernard, *Du consentement des parents au mariage*. Thèse. Paris, 1899.

2. Bruyère, Rapport au Conseil supérieur de l'Assistance publique ; *Bulletin de la Société des Prisons*, 1889, p. 55.

rédacteurs de 1804 de mettre un contrepoids à l'absolutisme d'une puissance qu'ils voyaient naïvement, toujours tutélaire et bienfaisante,

Depuis la promulgation du Code civil, qu'est-il advenu ?

D'une part, l'évolution économique s'est poursuivie dans son sens individualiste. « En pulvérisant la propriété la Révolution avait émietté la famille »(1) qui est aujourd'hui « dispersée et amorphe ».

« Du Code est née une contradiction entre la situation du descendant dont l'indépendance s'est accrue pendant que son droit matrimonial restait stationnaire, et l'ascendant dont le droit en matière de mariage augmentait tandis que diminuait son autorité générale. C'est là l'origine de ce conflit entre le droit resté immobile et le fait peu à peu développé (2). »

Les principaux caractères de la famille sont actuellement : dispersion et mobilité. Quelles en sont les causes ? Il ne nous appartient pas de les rechercher ; matérielles et sociales, (influence de la grande industrie, du progrès des transports ; législation du divorce, démoralisation consécutive à l'alcoolisme et aux doctrines anarchistes) elles sont du domaine de l'économie politique et de la sociologie. La vérité qui s'impose est la suivante : « L'unité économique est l'individu » (3). Dès un âge

1. F. Grivaz, La simplification du mariage. *Revue politique et parlementaire*, 1886, t. X, 558 ssq.

2. *Ibid.*

3. Cauwès, *Cours d'Économie politique*, t. I, p. 40.

peu avancé les descendants se trouvent séparés des ascendants ; en même temps qu'ils prennent l'habitude de ne compter que sur eux-mêmes, que la protection de leurs parents ne trouve plus l'occasion de se manifester en leur faveur, les enfants s'accoutument à la liberté ; ils sentent se relâcher puis se rompre le lien de la famille ; matériellement, ils sont brusquement détachés du tronc et emportés dans le tourbillon des affaires ; moralement, il se désintéressent de la souche qui les a fait naître, l'affection devient indifférence, le respect disparaît. Ils sont alors bien étonnés quand on leur apprend que la loi civile n'a pas suivi le mouvement économique et qu'elle leur impose des obligations envers l'autorité familiale ; ils le sont encore beaucoup plus quand cette autorité entre en discussion avec eux, par exemple au sujet d'un projet de mariage ; l'ascendant et le descendant sont depuis longtemps séparés ; leurs « mentalités » sont différentes. Ils ne se comprennent plus, le conflit survient inévitable ; qui le résoudra ? :

D'autre part, la législation a apporté des limitations à l'autorité protectrice, plus ou moins habilement, il faut le dire. Conséquence de ce que l'avait faite le Code, dans l'esprit que nous avons évoqué, la puissance familiale, se sentant de grands pouvoirs ; et consciente d'ailleurs de l'évolution qui tend à son affaiblissement, a voulu parfois profiter de sa force en en abusant pendant qu'elle la détenait ; elle a, par cela même, cessé d'être respectable, et l'autorité publique l'a frappée ;

la loi s'apercevant, un peu tard, des lacunes du Code, a réagi ; (1) et cette réaction, comme la plupart d'entre elles, s'est faite rigoureuse et excessive. Au lieu de contrôler le pouvoir familial et de lui donner ainsi l'appoint de son autorité propre, la loi l'a discrédité, dans les cas où elle l'a laissé subsister ; elle l'a détruit dans certaines autres hypothèses. Elle a supprimé, alors qu'il suffisait de corriger ; en tentant d'améliorer les conditions d'exercice, de la puissance familiale, la loi lui a porté un coup fatal.

En résumé, le programme souhaitable est d'une réalisation délicate : spécialement au point de vue du mariage, il consiste en ceci :

Premier point. — Maintenir au père de famille ou à la personne qui le supplée, d'une façon générale à l'ascendant investi de l'autorité protectrice, un pouvoir suffisant pour faire connaître à l'enfant, en même temps que ses droits propres, ceux de la société et du groupement domestique ; et ce faisant remédier dans la mesure du possible au mouvement de dispersion et à la disparition de l'esprit de famille qui se constatent un peu plus tous les jours.

Deuxième point. — Défendre contre tout arbitraire les intérêts de l'enfant, et augmenter le crédit de l'autorité familiale en annulant toutes celles de ses décisions qui méconnaîtraient sans raison plausible le droit au mariage.

Pour toucher ce but à double aspect, la loi est impuis-

1. Lois du 17 décembre 1874 et du 24 juillet 1889.

sante, à cause du caractère prévisionnel de ses dispositions ; dans l'inutilité de ses efforts à régir chaque espèce, elle risque soit d'exagérer l'autocratie paternelle, dont le Code donne des exemples, soit d'énervier imprudemment la puissance familiale, comme elle semble y avoir actuellement tendance ; il faut agir par voie, non pas de réglementation générale, mais d'appréciation particulière.

C'est là une attribution qui semble à juste titre ressortir au pouvoir judiciaire ; il rentre dans les fonctions des tribunaux de laisser subsister, dans son principe législatif, l'autorité de protection et d'en régler l'application pratique en évitant les excès. On concilie par là les deux règles reconnues indispensables : conservation d'une puissance respectée dans la famille, contrôle de cette puissance pour en réfréner les abus et en augmenter par là même le prestige. L'idée en a été exprimée d'une façon précise par d'Aguesseau :

« Quelque grande que puisse être l'autorité des parents elle a cependant une autorité supérieure dans la société et si les parents sont les premiers juges, leur jugement est toujours soumis à celui des magistrats ». Et le chancelier a fort bien fait apprécier l'intérêt social d'une bonne administration de la puissance paternelle au sens large du mot :

« C'est à ceux entre les mains desquels on a remis le dépôt sacré de l'autorité publique, à examiner les différends qui s'élèvent entre les pères et les enfants comme

ceux qui s'élèvent entre les autres citoyens ; et s'ils doivent apprendre aux enfants à respecter ceux dont ils ont reçu le bienfait de la vie, ils doivent aussi écouter leurs plaintes et ne pas abandonner les membres de la patrie aux caprices d'un particulier. »

En fait, les tribunaux n'ont pas hésité à se reconnaître un droit général de contrôle, sur la puissance de la famille sur ses membres. La jurisprudence a enregistré déjà plusieurs décisions dans ce sens, et agissant suivant la manière que les anciens Parlements avaient empruntée aux « édicts » du magistrat romain, elle a pu être qualifiée justement de « prétorienne » (1).

Ce contrôle nous apparaît comme un moyen très acceptable de remédier aux abus possibles, en évitant de ruiner la constitution de la famille. Les Tribunaux se fondent « sur des motifs de moralité et de haute justice pour limiter l'exercice d'une autorité dont ils ne peuvent atteindre le principe » (2). Félicitons-nous de cette impuissance à toucher le principe, et encourageons leur zèle à en réglementer l'application, en suivant les considérants de la Cour Suprême (3).

Si on raisonne spécialement au point de vue qui nous occupe, celui de l'intervention de la famille en matière matrimoniale, nous ne voyons aucune raison pour n'y pas faire coopérer le pouvoir judiciaire. La loi

1. Dumeril. *De la puissance paternelle*, 1881.

2. Trib. Saint-Quentin, 27 décembre 1889. S. 91. II. 19.

3. Cass., 27 janv. 1879. S. 79. I. 464.

du 21 juin 1907, l'admet dans la modification qu'elle apporte à l'article 152 du Code civil. Dans l'hypothèse la plus souhaitable et aussi la plus répandue, l'autorité familiale dont les pouvoirs sont conservés intacts par la loi, ne fait pas usage de ces pouvoirs ; l'accord règne entre celui qui la détient et celui qui y est soumis ; mais, vienne un conflit, il ne faut pas que cette puissance se sente désarmée et que l'enfant de famille la sache dépourvue de force ; il est nécessaire bien au contraire que la conscience de cette force, appuyée sur une base solide et juste, fasse réfléchir celui qui la subit et l'amène à résipiscence. Mais toutes les difficultés viendront précisément de la question de savoir si l'intervention familiale est juste et opportune. C'est au magistrat qu'il appartiendra d'y répondre.

Le contrôle judiciaire souhaitable apparaît alors comme un régulateur nécessaire des forces opposées : autorité de protection, et individu protégé. Il se fait l'appréciateur éclairé et exempt de toute passion du projet de mariage qui lui est soumis ; atténuant le choc d'intérêts opposés, son rôle est double : il aura à statuer sur deux sortes de recours.

Un premier recours pourra être porté devant lui pour éviter l'abus de pouvoir de l'autorité familiale que le Code n'a pas su prévoir, et que les lois subséquentes n'ont empêché qu'au détriment de cette autorité elle-même ; plus que jamais, nous l'avons dit, il faut conserver à la famille sa cohésion en maintenant la puis-

sance de son chef ; et ce n'est l'entamer en rien que de la soumettre *exceptionnellement*, dans ce cas de conflit seulement, à un contrôle d'une puissance supérieure. C'est même la corroborer que d'ajouter à son pouvoir propre celui qui émane d'une décision judiciaire, parce que cette intervention publique sera une attestation de son bien-fondé et de son opportunité.

Mais, à qui reconnaître le droit de solliciter ce contrôle ? Faut-il l'accorder à l'enfant qui croit devoir ne pas se soumettre à l'avis paternel ?

Certains codes l'ont admis : les législateurs Italien, Anglais et Russe ont estimé que le droit des parents à refuser leur consentement n'est pas absolu ; l'enfant dont l'âge est inférieur à la majorité matrimoniale de vingt-cinq ou de vingt-et-un ans peut s'adresser à justice pour vaincre le refus de ses parents.

Deux obstacles nous semblent s'opposer à une semblable façon de voir :

Obstacle de forme d'abord : le mineur n'a pas l'exercice des actions en justice ; il ne peut ester seul. Sans doute ce droit lui est exceptionnellement accordé : l'article 16 de la loi du 12 juillet 1905, décide que « les juges de Paix peuvent autoriser le mineur à plaider devant eux dans les cas prévus à l'article 5 ». Mais ces cas prévus, sont exclusivement des contestations entre patrons et ouvriers, des procès de travail et de salaires ; de plus, l'autorisation n'est accordée qu'à la condition expresse que le mineur n'agit pas contre le gré de ses

parents. Il n'y a donc pas lieu d'en permettre l'extension au cas qui nous occupe.

Une seconde raison, plus grave, milite dans le même sens : Reconnaître à l'enfant le droit d'intenter une action en justice contre l'autorité qui le guide, ne fût-elle pas représentée par son père, équivaut à permettre une atteinte à la puissance paternelle ; toute démonstration en est inutile, elle résulte de l'opposition entre les deux principes exposés plus haut : autorité familiale forte, d'une part, et limitation judiciaire de cette même puissance, de l'autre ; le respect de la première interdit au mineur de poursuivre la seconde. Les prérogatives de la puissance paternelle l'empêchent de contrôler son bon fonctionnement. A ce titre, il est impossible de marcher sur les traces des législations étrangères. Mais il faut retenir de leur exemple l'idée de légitimité théorique et de possibilité pratique de l'intervention judiciaire, et en poursuivre une réalisation plus étendue.

Dans le sens inverse, un second recours judiciaire constitue un tempérament utile aux innovations de la législation dont la tendance imprudente est de suivre sans mesure le mouvement des mœurs vers l'émancipation prématurée des jeunes, et leur progressif affranchissement de la puissance familiale.

Désirant mettre en harmonie la loi et l'état moral, le législateur adopte certaines réformes dont la répercussion dans l'ordre des faits peut-être plus ou moins dangereuse : cela dépend de multiples circonstances, de

réactions sociales, qui sont au moment de la promulgation totalement imprévisibles. Il est impossible de dire à priori si la somme des avantages l'emportera sur celle des inconvénients, ou vice versa ; c'est ce qui s'est produit, nous le verrons, dans la loi du 21 juin 1907, à propos de l'abaissement de la majorité matrimoniale.

Dans cette incertitude, on peut craindre que la collation soudaine et sans transition de certaines libertés ne soit pas sans apporter quelque perturbation ; spécialement en ramenant à vingt-et-un ans une majorité antérieurement fixée à 25, il y a fort à craindre que l'ordre ne soit troublé par des divergences de vues entre l'autorité familiale, tout à coup privée de son droit de protection, et l'individu majeur de vingt-et-un ans que la conscience de sa nouvelle capacité peut pousser à une union néfaste pour son avenir et celui de sa famille. Ici, l'exemple de l'étranger serait, pensons-nous bon à suivre : les lois Belges, Autrichienne, Italienne et Allemande ont agi avec une grande sagesse, quand, avec l'abaissement de la majorité matrimoniale, elles ont fait coïncider la possibilité pour les parents d'intenter un recours contre le mariage qu'ils désapprouvent. Pendant quatre ans, les parents peuvent entamer contre le futur époux, entre sa vingt-et-unième et sa vingt-cinquième année, un procès au fins de voir ajourner le mariage : si les motifs sur lesquels ils s'opposent sont fondés, le juge peut ordonner de surseoir à la célébration de ce mariage.

Ainsi d'une réforme on conserve les avantages en écartant tout aléa : la majorité est bien abaissée à vingt et un ans et les futurs époux échappent à tout arbitraire de la puissance qui, pesait sur eux naguère jusqu'à vingt-cinq ans ; mais en même temps la prudence du Tribunal peut faire temporairement prévaloir les sages raisons de la famille, que l'application inconsidérée de la loi aurait fait méconnaître au futur époux.

Ce principe admis, quelles personnes devraient pouvoir requérir le contrôle judiciaire, à quel Tribunal ce contrôle devrait-il être réservé, dans quel cas, faudrait-il l'admettre ; ? ce sont des questions auxquelles il sera plus facile de répondre lorsque, connaissant l'historique de l'autorité de protection, on en étudiera le fonctionnement.

III. — HISTORIQUE

L'intérêt d'un historique du consentement des parents au mariage réside à la fois dans l'étude rétrospective de l'application du principe et dans celle de sa sanction. On a toujours admis la possibilité d'une intervention de la puissance familiale, qu'elle se produise sous une forme ou sous une autre, avec des conditions de durée variables selon la fixation de la majorité matrimoniale ; toute l'évolution des idées a consisté dans la transformation du caractère de l'intervention familiale, de facultatif en nécessaire. Accessoirement la sanction a varié selon les

temps et selon la conception que l'on a eue de cette nécessité du consentement des parents. En faire l'histoire, c'est rechercher par qui et comment ce consentement, a été considéré comme une condition du mariage, et quelles conséquences son défaut a entraînées pour l'union contractée et pour les époux.

Le mariage contracté *sine consensu parentum* est-il nul, comme frappé d'un empêchement dirimant ? Reste-t-il au contraire valable ; sauf à exposer ceux qui l'ont contracté à des pénalités plus ou moins graves ? C'est sur cette controverse, que pendant six siècles ont discuté légistes et ecclésiastiques ; cette grave matière du mariage a été, pendant ce temps, une partie du champ-clos sur lequel se sont mesurés le pouvoir de l'Eglise et celui de la Royauté, le droit canonique et le droit des ordonnances.

L'Eglise s'est toujours refusée à prononcer la nullité des unions non approuvées de la famille ; elle a défendu la liberté du mariage, comme la meilleure protection de la morale catholique ; sans doute, elle a, à maintes reprises, déclaré son aversion pour les unions contractées au mépris de la volonté paternelle, mais elle ne les a jamais brisées, et n'a jamais permis qu'on les brisât franchement, consciente de la force que lui conférait la reconnaissance universelle du mariage comme un sacrement. D'autre part, les civilistes ont toujours cherché à faire prévaloir leur conception du droit matrimonial ; ils l'ont fait un peu dans un intérêt

social, beaucoup dans un intérêt politique, parce qu'ils ont considéré que ce succès sur le terrain du droit était un élément de l'abaissement du pouvoir ecclésiastique. Mais connaissant la force de l'adversaire, ils ont reconnu l'impossibilité de vaincre l'obstacle de front, et l'ont tourné grâce à un expédient juridique.

L'exposé de cette longue rivalité a été souvent fait, nous ne nous y consacrerons pas. Un pareil travail nous entraînerait d'abord loin par delà les limites naturelles de cette étude; ensuite et surtout, il serait en complet désaccord avec son objet: le bref aperçu historique, dont la lecture prépare à celle des réformes actuelles ne doit concerner que les précédents chronologiques de ces réformes et d'elles seules; celles-ci ne se rapportent qu'aux nouvelles *conditions* d'exercice de l'autorité de famille; de quel intérêt, serait pour nous la relation de leurs *sanctions*?

Il faut donc se borner à rappeler succinctement dans quelles conditions, mineurs et majeurs, se sont trouvés soumis, quant au mariage, à l'influence familiale, et dans quelles institutions on peut reconnaître l'origine de nos modernes dispositions légales.

Mineurs

Au milieu du ^{xii}e siècle, le droit est en France, la résultante de trois influences: influence romaine, influence germanique et influence chrétienne, la troisième établissant, pour ainsi dire, des contacts entre les deux

premières qui, faute de points communs, auraient agi sur le droit, dans des sens opposés, ou tout au moins fort divergents. Les lois romaines et les coutumes germaniques n'ont en effet rien de commun au point de vue matrimonial : si la *patria potestas* s'est ici maintenue, et est restée prépondérante à tel point qu'un mariage célébré *sine consensu parentum* est nul (1), le principe du consentement familial est là, tout autrement interprété : en Germanie, son observation est nécessaire à la fille, mais le fils s'en trouve affranchi dès sa puberté. Il faut que l'Eglise intervienne, et de fait, elle intervient sur l'invitation des rois francs eux-mêmes pour coordonner les tendances ; la juridiction ecclésiastique, d'abord concomitante à la juridiction civile en matière de mariage, se substitue à elle dans la société chrétienne du moyen âge. A partir du début du x^e siècle, sa mainmise s'affirme sur la théorie du consentement familial, si bien que, le pouvoir royal déclinant, elle fait reconnaître son pouvoir législatif : les papes en usent pendant quatre siècles.

Ainsi donc au xii^e siècle, sans que des règles bien précises soient formulées, on peut tirer des textes les principes suivants :

La *patria potestas* romaine a subi un affaiblissement certain : le consentement paternel des mineurs

1. « Si adversus ea aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. » Institutes, De nupt. pr.

n'est pas une condition, même secondaire, de l'union matrimoniale ; le consentement des époux seul est requis. Tous autres éléments : bénédiction nuptiale, consommation du mariage, et à plus forte raison, autorisation familiale, passent au second plan. C'est la thèse canoniqu^e admise partout (1). Elle résulte de considérations théologiques (désir d'éviter le vice, liberté de l'enfant en matière spirituelle) et juridiques (le *consensus parentum* n'était jamais intervenu qu'au moment des fiançailles, que le droit canon ne reconnaît pas comme essentielles ; la loi suit les mœurs qui affaiblissent la puissance paternelle) ; en somme, le consentement familial se donne plutôt à titre de survivance, que comme légalement exigé. Il en fut ainsi pendant trois cents ans, pendant lesquels la conception canonique s'affirma.

Au début du xvi^e siècle, la législation canonique est encore ce qu'elle était dans le droit des décrétales : Charles-Quint le constate, en 1548 à la Diète d'Augsbourg :

« La puissance paternelle n'a pas d'effet sur l'union que contractent les époux ; il ne faut pas écouter ceux qui veulent l'annulation des mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents. »

1. « Sufficiat solus, secundum leges, eorum de quorum quarumque conjunctionibus agitur. »

(Décrets de Gratien, can. I, causa XXVII, g. 2.)

C'est le complet épanouissement de l'ère de liberté ; sous l'influence de la renaissance romaine, des idées réformistes, et du développement du pouvoir royal, qui battent tous en brèche la puissance ecclésiastique, un mouvement se dessine dans le sens d'une restauration de la famille, limitant les droits de l'individu.

Attaquée dans son dogme et dans sa discipline, c'est alors que l'Eglise entreprend de se défendre : le duel s'engage entre elle et la royauté.

Le 1^{er} novembre 1542, le pape Paul III, convoque un Concile Œcuménique à Trente, qui ne devait se dissoudre après des vicissitudes dont nous n'avons rien à dire, que le 4 décembre 1863.

Dès 1556, Henri II devance toute décision ecclésiastique en portant un édit : il a le caractère que revêtiront toutes les ordonnances royales sur ce sujet : le Roi veut créer une règle différente de celle du droit canon, mais il veut, avant tout, ne pas heurter de front la papauté et en contrarier les décisions sans le paraître. Il fixe la majorité matrimoniale à trente ans pour les fils et vingt-cinq ans pour les filles, frappe les contrevenants de peines parmi lesquelles l'exhérédation, mais ne fait pas de leur contravention à l'édit un empêchement dirimant.

En 1560, Charles IX ordonne de poursuivre pour crime de rapt ceux qui ont obtenu ou fait obtenir des lettres du Roi pour épouser subrepticement des filles sans le gré de leurs parents. C'est à la fois un commencement de désaccord avec la papauté et une indication de l'expé-

dient qu'emploieront les légistes pour faire frapper de nullité de semblables mariages. Néanmoins, on attendait encore du Concile de Trente le rétablissement de la communauté de vues.

En 1564, le Roi de France rédige une pétition au Concile dans le but de faire reconnaître comme obligatoire l'autorisation familiale, ou (ce qui revient au même), de faire prononcer la nullité des unions contractées sans elle.

A deux reprises, ses ambassadeurs, Dufaure de Pibrac, Duferrier, et le cardinal de Lorraine proposent deux projets, tous deux repoussés : le premier tendant à fixer la majorité matrimoniale à dix-huit et seize ans respectivement pour garçons et filles, le second à vingt et dix-huit ans, l'un et l'autre prononçant la nullité.

Leur échec étant certain, les ambassadeurs français quittent Trente avec éclat.

Après leur départ, deux nouveaux projets furent déposés, mais vainement. L'Eglise refusa, comme elle a toujours refusé, de reconnaître pour nuls des mariages célébrés sans le consentement des parents.

Des décisions du concile, la royauté fit deux parts : celles qui touchaient aux dogmes, qu'elle admit intégralement, et celles qui se rapportaient à la discipline, qu'elle répudia non moins franchement : les solutions de droit matrimonial étaient de ces dernières.

A l'instigation des états généraux, et notamment du tiers-état, Henri III reprend, dans l'ordonnance de Blois

de 1579, l'expédient de Charles IX : mais il ne le pousse pas jusqu'à complète efficacité : il frappe de la peine de mort les enfants mineurs méconnaissant l'intention familiale, mais ne déclare pas leur mariage nul. La pénalité draconienne qu'il prononce en est la preuve (1).

Dans les provinces, les Coutumes de Bordeaux (1520) Bar et Lorraine (1579), les trois bailliages de Lorraine (1594), la Coutume de Bretagne (1580) et celle de Metz (1613), prononcent l'exhérédation des enfants, mais rien de plus.

Cependant le clergé fait plusieurs demandes afin de voir publier le Concile de Trente en France ; les synodes de Rouen (1580), Rennes, Tours et Bordeaux (1583), Bourges (1584), Aix (1585), Toulouse (1590), Narbonne (1609), publient le Concile, mais sans force exécutoire.

Enfin les assemblées générales du clergé de 1615 et 1625 font de même. Les demandes ne sont d'ailleurs pas accueillies par la royauté.

Mais les légistes, se rendant compte que l'Église persistait dans ses décisions et que les ordonnances royales n'osaient entrer en lutte ouverte avec elle (ordonnance

1. « Enjoignons aux curés, vicaires et autres de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui se voudront marier. Et s'ils sont enfants de famille ou estant en la puissance d'autrui, nous leur défendons très étroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaît pas du consentement des père et mère, tuteurs et curateurs, sous peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt. »

de 1629 ou Code Michau. Déclaration de Saint-Germain en Laye de 1639) et à l'instigation de Pothier, convertissent le mariage sans consentement des parents en rapt de séduction ; nous ne croyons pas qu'il soit ici en sa place d'exposer le détail de cette délicate conversion (1).

Constatons-en seulement les résultats : les mineurs de vingt-cinq ans, garçons ou filles, doivent obtenir le consentement de leurs parents.

Sanction : nullité du mariage, peine de rapt, et exhérédation. A quelles personnes ce consentement doit-il être demandé ?

Si le père est vivant, son consentement suffit, mais la mère doit être consultée (Basnage. *Coutume de Normandie*) (2).

A défaut du père, demande à la mère qui doit prendre l'avis de ses proches parents, « à cause de la faiblesse de son sexe et de la légèreté de son esprit ».

Quand la mère, veuve, s'est remariée, c'est la formalité non plus de la demande de « consentement », mais de « conseil », qui s'impose. Nous verrons quelle en est la différence en étudiant la situation des majeurs.

1. V. Vantroys. Thèse, Paris, 1889. — Frank Bernard. Thèse, Paris, 1899.

2. « Dans le droit français, le consentement du père est nécessaire, non parce qu'il a la puissance paternelle, mais parce qu'il est père ; et le consentement de la mère n'est pas moins nécessaire que celui du père, pour ceux à qui elle a donné la vie ».

D'Aguesseau. Réquisitoire prononcé le 17 janvier 1722. *Journ. des Audiences*, t. VII, l. V, chap. II.

A défaut de père et mère, demande au tuteur ou au curateur ; mais leur consentement doit être appuyé de celui des plus proches parents. (Edit des Tutelles. novembre 1782)

L'enfant naturel n'adresse pas sa demande à ses père et mère, mais à un tuteur.

La sanction préventive de ces prescriptions réside d'ailleurs dans le droit réservé aux parents de faire opposition.

A la veille de la Révolution, dans toute l'étendue du royaume, les mineurs de vingt-cinq ans sont tenus pour se marier, d'obtenir le consentement familial.

Survient la Révolution : La loi du 20 septembre 1792 répudie franchement les deux systèmes qui avaient lutté sous l'ancien régime ; et abandonnant les vestiges de l'ancienne *patria potestas*, tend à substituer en partie l'Etat à la famille dans l'exercice de ces prérogatives. Elle fixe à vingt et un ans pour les deux sexes la majorité matrimoniale ; jusque-là, il faut requérir le consentement nécessaire et suffisant du père, et à son défaut celui de la mère ; enfin l'absence de celui-ci est suppléée par la délibération des cinq plus proches parents domiciliés dans le district, qui se réunissent devant le maire et décident à la majorité des voix. S'il n'existe pas de parents, le conseil est formé de voisins.

Le décret du 7 septembre 1793 établit sensiblement les mêmes règles, à cette différence près : que quand les père et mère sont dans l'impossibilité de manifester

leur volonté, l'enfant se marie sur l'avis d'un conseil de famille, formé seulement de ses deux plus proches parents.

Ainsi donc, au moment où le Code civil va être élaboré le consentement des parents au mariage des mineurs est devenu une *condition de la validité* de l'union ; sa nécessité s'est fait reconnaître peu à peu, grâce au pouvoir civil, en dépit du pouvoir ecclésiastique. La réponse de la famille à la demande d'autorisation a-t-elle été toujours péremptoire ? C'est la question des recours.

Recours. — L'idée de recours contre les décisions de la famille a été totalement bannie de nos Codes ; renaissance tardive de l'antique idée de *patria potestas* ou crainte de l'intervention des pouvoirs publics, les législateurs de 1803 se sont refusés à l'admettre. Mais il ne faut pas croire que, pour cette raison, la loi du 21 juin 1907 ait innové en la mettant en pratique au nouvel article 152 que nous commentons ; au contraire, elle a repris une tradition interrompue par l'an XI et dont la source remonte fort loin : les textes du *corpus juris canonici* contiennent la trace d'un recours au pape, qui substituait son autorisation à celle des parents, ou, au contraire prononçait un *interdictum matrimonii*.

Au Concile de Trente, le troisième projet établissait un recours dans le même cas, à l'évêque ; les anciennes coutumes permettaient de se pourvoir contre les décisions arbitraires. Enfin, la théorie du rapt de séduction en pratique aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, comportait un

recours au Parlement (1). La déclaration du 8 mars 1704 en fait foi (2), et d'Aguesseau s'en montre partisan (3). La Cour invitait le père à comparaître et à produire les motifs de son refus ; si ces motifs étaient déraisonnables elle autorisait le mariage *de plano*. (Parlement de Tournay, 9 décembre 1695. Pinault, an LXXXIII.) Mais elle pouvait également prescrire l'usage extraordinaire de « som-mations respectueuses » (dont nous verrons l'emploi normal), ou faisait une enquête (arrêts du 21 mars 1712 et septembre 1684).

C'est donc postérieurement à la chute de la royauté, qu'on a rompu avec l'usage du recours et qu'on est re-venu à une application outrancière de la théorie romaine sur la puissance paternelle.

Notons enfin deux exceptions à la nécessité du con-sentement paternel, exceptions dont l'existence édifie sur la valeur de la règle principale.

Au XVIII^e siècle, les femmes et filles inscrites sur les contrôles de l'Opéra, échappaient complètement à l'autorité de leur père ou de leur mari (4).

1. Poullain Duparc. *Journal des Audiences*, t. II, ch. LVII.

2. « Ni les ordonnances des rois d'Espagne, ni celles des rois de France, n'excluent les juges de connaître des oppositions ou refus des pères et mères tuteurs ou curateurs, pour le mariage des mineurs. »

3. « Quelque grande que puisse être l'autorité des parents, elle a cepen-dant une autorité supérieure dans la société ; et si les parents sont les premiers juges, leur jugement est toujours soumis à celui des magistrats. » *Journal des Audiences*, VIII, 5. 2.

4. Bouly de Lesdain. *Des nullités du mariage*, p. 143.

Aux termes des déclarations des 6 août 1686 et 24 mai 1724, les enfants des religieux fugitifs, pouvaient remplacer le consentement paternel par celui des proches. Ce dernier exemple prouve d'ailleurs l'exigence avec laquelle une autorisation subsidiaire était requise à défaut du consentement ordinaire des parents,

Majeurs

C'est dans l'Edit de Henri II de 1556 que se trouve la première indication de la formalité à laquelle les majeurs seront soumis par la suite, sous le nom de « sommation respectueuse », « d'acte respectueux » ou enfin de « notification de projet de mariage ».

Le premier acte de législation des rois de France, quant au mariage dispose ainsi :

« Ne voulons aussi et n'entendons comprendre, dans la catégorie des unions soumises à des pénalités, les mariages qui auront été et seront contractés par les fils excédant l'âge de trente ans et les filles ayant vingt-cinq ans passés et accomplis pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir, *l'avis et conseil* de leurs père et mère... »

C'est la création officielle de la majorité matrimoniale, et le germe des actes respectueux ; mais la forme n'en est pas encore fixée ; la sanction de la règle est seulement indiquée, c'est la peine de l'exhérédation.

La déclaration de Saint-Germain-en-Laye de 1639

répète le même principe. Enfin, entre la fin du ^{xvii}^e siècle et le commencement du ^{xviii}^e, s'élabore, concurremment avec celle du rapt de séduction des mineurs une théorie relative au mariage des majeurs : ceux-ci sont tenus de requérir tantôt le consentement de leurs parents, et tantôt leur conseil ; et cette obligation a pour sanction des pénalités, mais jamais la nullité du mariage ; c'est ce qui s'est perpétué au Code et dans les lois postérieures : le défaut d'acte respectueux est un empêchement prohibitif, jamais dirimant.

Qui doit requérir le consentement ou le conseil ? et à quel âge ?

Les garçons et les filles sont soumis à des conditions différentes : pour les secondes, elles n'ont jamais à demander, une fois la majorité de vingt-cinq ans atteinte, que le « conseil » de leurs parents, par sommation respectueuse ; quant aux premiers, il en est de même à partir de trente ans ; mais entre vingt-cinq et trente ans, ils sont assujettis, à peine d'exhérédation à demander le « consentement » dans les mêmes conditions que les mineurs. Quelle en est la raison ? Les ordonnances et arrêts ne la donnent pas ; sans doute faut-il la trouver dans l'esprit qui devait, en 1804, faire fixer deux majorités matrimoniales pour les deux sexes.

Maintenant, quelle différence faut-il voir entre ce « conseil » et ce « consentement » : la même sans doute qu'on retrouve au Code (art. 148 et 151) qui n'a fait que la conserver : le « consentement » est la condition

sine qua non du mariage des mineurs, qui ne peuvent se marier sans lui ; la demande de conseil n'est qu'une formalité imposée aux majeurs qui peuvent toujours contracter mariage, à condition seulement de signifier les actes respectueux si leur demande n'a pas été agréée.

La forme de la procédure des sommations respectueuses est déterminée par l'arrêt de règlement du Parlement de Paris du 27 août 1692 : ce n'est pas que ces sommations n'aient pas existé auparavant, mais « la foi en était très suspecte, ces actes n'étant le plus souvent arrêtés que par un sergent » (huissier). Voici au surplus, quelles règles cet arrêt formule :

La Cour... faisant droit sur la réquisition du procureur général du roy, a ordonné et ordonne qu'en attendant qu'il ait plu au roy d'y pourvoir les fils et les filles, même les veuves qui voudront faire sommer leur père et mère aux termes de l'ordonnance (de 1556) de consentir à leur mariage, seront tenus à l'avenir d'en demander permission aux juges royaux des lieux, des domiciles des père et mère qui seront *tenus* de la leur accorder sur requête; et que les sommations seront faites en cette ville de Paris par deux notaires, et partout ailleurs par deux notaires royaux ou un notaire royal et deux témoins domiciliés qui signeront avec le notaire, le tout à peine de nullité. Ordonne que le présent arrêt sera envoyé dans tous les sièges du ressort pour y être lu, publié et enregistré... (1)

Un second arrêt du même Parlement, en date du 12 dé-

1. Parlement de Paris. *Journal des Audiences*, t. IV, p. 250.

cembre 1756, décide plus expressément encore, que c'est au juge royal et non au juge seigneurial que devra se demander l'autorisation de sommer, autorisation qu'il ne peut, d'ailleurs, refuser.

Les arrêts cités ne fixent pas le nombre des sommations : on sait que l'usage était d'en faire trois. Ce nombre fut fixé, quelque temps plus tard, par un arrêt de règlement du Parlement de Toulouse, du 26 juin 1772. La loi de 1792 conserva les actes respectueux.

On peut dire qu'à cette époque, la sommation respectueuse existait dans sa forme, telle qu'elle devait rester, au nom près, jusqu'à la loi de 1896 : ministère de deux notaires ou d'un notaire assisté de deux témoins, répétition de l'acte à trois reprises. Seule l'autorisation du juge disparut et une plus grande précision intervint dans la détermination du détail ; peu de choses, en somme entre la « sommation respectueuse » de l'ancien régime et « l'acte respectueux » du Code civil, voisins séparés seulement par l'omission totale qu'en fit le décret révolutionnaire du 7 septembre 1793.

IV. — FONCTIONNEMENT DE L'AUTORITÉ DE PROTECTION

Des conditions du mariage, c'est l'intervention familiale qui semble avoir subi, par l'effet de la loi de 1907, les plus profondes et les plus nombreuses modifications, en apparence tout au moins ; et on serait tenté, après une simple lecture du texte, d'attribuer plus de gravité

aux réformes faites ; la discussion sur ce point est prématurée et il faut attendre, pour juger les faits, de les connaître.

L'œuvre de la nouvelle loi, n'a pas l'ampleur d'une véritable réforme, c'est plutôt un remaniement. Pourtant, comme l'importance, qui en est considérable, serait difficilement appréciable si on se contentait de rapporter séparément les articles qui en ont fait l'objet, il nous semble utile d'en considérer l'exposé d'un point de vue un peu plus général, quitte à entrer dans des développements, au fur et à mesure de la rencontre des principes qui présenteront un caractère de nouveauté.

Dans l'étude historique de la puissance familiale, nous nous sommes arrêté au Code civil ; il a semblé préférable, en effet, de retarder l'examen de ses prescriptions abrogées, bien que leur caractère soit devenu exclusivement historique, parce que leur rapprochement des dispositions actuelles et leur comparaison avec elles feront mieux ressortir les innovations ; nous les considérerons donc parallèlement ; mais auparavant, il est nécessaire d'établir le plan suivant lequel sera envisagé le fonctionnement de l'autorité protectrice de l'enfant, en matière de mariage.

Sans préjuger de la réforme, on peut dire que la loi de 1907 distingue trois hypothèses : dans la première, l'individu dont l'union est projetée doit obtenir le consentement de la puissance à laquelle il est soumis, condition *sine qua non* de son mariage ; sans elle, le mariage, à le

supposer, par impossible, célébré, est nul : c'est une période d'intégrale incapacité, de *minorité matrimoniale*.

Dans une seconde période, il est possible de méconnaître la volonté protectrice ; mais ce résultat ne peut être atteint qu'après l'accomplissement de certaines formalités.

Enfin, une troisième et dernière période forme une phase de liberté, où l'individu jouit de son libre arbitre ; la loi lui suppose assez d'expérience, pour n'avoir besoin des conseils de personne.

Cette dernière phase étant dépourvue de toute réglementation, les deux premières seules feront chacune l'objet d'un chapitre où sera étudiée l'efficacité absolue, puis l'efficacité relative du contrôle de la famille dans l'hypothèse où les agents de ce contrôle sont existants ; un troisième chapitre exposera les justifications à produire au cas de non existence de ces agents.

CHAPITRE PREMIER

Minorité matrimoniale

La première période distinguée par la loi, est celle où s'exerce dans son intégralité l'autorité familiale sur l'individu qui projette un mariage ; le contrôle est parfait, la volonté de l'intéressé n'est pas substituée comme au cas de tutelle ; mais, bien que nécessaire à la formation du mariage, elle est sans effet, si celle de l'agent de protection (ascendants ou, à défaut, famille) ne vient pas la compléter. Donc jusqu'à un certain âge, l'homme et la femme sont incapables de contracter mariage sans le consentement de certaines personnes : quel est cet âge, et quelles sont ces personnes ?

I

Le Code civil avait fixé l'âge de la majorité matrimoniale à vingt cinq ans pour les garçons et vingt et un ans

pour les filles (1). A quel motif peut-on attribuer cette différence au profit du sexe féminin que le Code a très manifestement traité moins favorablement que l'autre ? Les bonnes raisons sont rares : presque tous les auteurs ont renoncé à soutenir cette situation de faveur pour la jeune fille, pouvant donner cours à des dissertations philosophiques sur les droits de l'homme et de la femme, différence inexplicable dans une législation proclamant à chaque instant l'incapacité de la femme mariée et consacrant son infériorité légale (2).

La cause n'a jamais été aussi bien plaidée que par son premier avocat, Portalis, qui la soutint devant le corps législatif, dans la séance de vendémiaire an XI. (3).

Comme l'a fait observer sous une forme humoristique, le rapporteur de la loi, « l'esthétique, quelque hommage qu'il faille rendre à la beauté, chose passagère, ne doit pas déterminer l'œuvre nécessairement impérissable des lois ». Dans l'impossibilité de considérer l'argument comme valable, on essayait d'en masquer les effets par des raisonnements tirés de la matu-

1. Art. 148. — Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère...

2. Rapport de M. Catalogne au Sénat.

3. « La nature se développe plus facilement dans un sexe que dans l'autre, et une fille qui languirait péniblement dans une trop longue attente, perdrait une partie des attraits qui peuvent favoriser son établissement, et souvent même, se trouverait exposée à des dangers qui pourraient compromettre sa vertu, car la fille ne voit dans le mariage que la conquête de sa liberté. »

rité relativement précocce de la femme et de son habituelle soumission aux suggestions de la famille (1). En réalité, il faut renoncer à trouver une explication plausible de la double majorité matrimoniale du Code ; elle n'est même pas, pensons-nous, dans une réminiscence de la majorité romaine de vingt-cinq ans : Pourquoi le législateur de 1803, l'aurait-il appliquée au fils de famille en omettant la fille ? Qu'il ait été touché par des considérations pratiques, que ces considérations nous semblent aujourd'hui étranges et inconciliables avec les faits, avouons-le ; mais il n'y a, sans doute, pas lieu de gratifier de mobiles d'ordre théorique une disposition qui semble bien n'en pas avoir.

En présence de l'article 148, M. l'abbé Lemire a inséré dans sa proposition de loi une modification tendant à unifier l'âge de la majorité matrimoniale pour les deux sexes et à la ramener à vingt et un ans, la confondant ainsi avec la majorité ordinaire. Cette modification, adoptée après une discussion insignifiante

1. « Quelles sont les raisons de cette différence entre la fille et le fils ? C'est que, a-t-on dit, le refus des ascendants pourrait être irréparable, quant aux filles déjà majeures de vingt et un ans ; car leur jeunesse est souvent la cause d'établissement avantageux dont elles ne trouveraient plus l'occasion à un âge plus avancé. L'homme au contraire, se marie mieux à vingt-cinq ans qu'à vingt et un ans. Le fils, d'ailleurs tient plus à ses ascendants que la fille, puisqu'il en conserve et en perpétue le nom. Son mariage engage donc plus directement l'honneur de sa famille. Dès lors, on a dû le laisser plus longtemps soumis à son autorité. On a considéré enfin, qu'en général, la raison se développe plus rapidement chez la femme que chez l'homme. »

à la Chambre, a été confirmée par le Sénat, et le texte initial en a été conservé sans retouches dans la loi actuelle. Elle a dû son succès à la brillante méthode avec laquelle le rapporteur du Sénat, M. Catalogne, a classé et présenté les arguments en sa faveur. A la vérité, un seul d'entre eux est d'une réelle valeur, plusieurs autres sont moins convaincants ; il en est un enfin, qui à notre sens est dépourvu de toute portée.

1^o « Pourquoi le citoyen français, a-t-on dit », libre de sa personne quand sonne l'heure de la majorité civile, apte dès cet événement à se livrer à des entreprises dans lesquelles peuvent sombrer son honneur et sa fortune, ayant la faculté de donner un état civil à des êtres qui n'en ont pas..... pouvant, en un mot, suppléer un père de famille, devait-il jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, subordonner sa volonté à celle de la puissance familiale quand il s'agissait de son propre établissement ? » Réfuter ce raisonnement n'est pas impossible. Si l'individu de moins de vingt-cinq ans peut faire juridiquement ces actes en toute liberté, c'est qu'ils n'intéressent que lui : appelé à remplir les fonctions de tutelle, c'est sur lui, et sur lui seul que porte l'hypothèque légale ; gérant son patrimoine ou celui d'autrui, c'est lui qu'il engage, et s'il engage quelqu'un d'autre, c'est en vertu d'actes réguliers, de *vincula juris* auxquels chaque intéressé a donné son consentement ; s'il reconnaît un enfant naturel, s'il constitue une famille irrégulière

sous le couvert des lois, c'est bien à cause de cette irrégularité que cela lui est permis.

Pour contracter mariage, nous l'avons dit, d'autres éléments sont en jeu ; la constitution de la famille est chose assez grave pour que ceux qu'elle intéresse soient, dans certaines conditions, consultés : jusqu'à quel moment ? C'est à la loi de le dire, et au législateur d'appuyer ses décisions sur des raisons valables ; mais induire de la majorité ordinaire à la majorité matrimoniale pour en fixer la date, nous semble fort peu légitime, et l'argument qui repose sur une pareille induction pêche, comme elle, par la base.

2° Considérant d'abord le problème sous son jour historique, le rapporteur a évoqué la législation du 20-21 septembre 1792 selon laquelle, ainsi que nous l'avons vu, l'âge de majorité matrimoniale était fixé à vingt et un ans pour les deux sexes ; passant sans insister, à un aperçu de droit comparé, il a fait ressortir que « avec l'Italie, la France était le seul pays en Europe où l'égalité des sexes n'existât pas en matière de consentement matrimonial » (1).

1. En effet, la majorité matrimoniale est fixée ainsi qu'il suit :

Serbie.....	18 ans
Suisse.....	20 ans
Angleterre.....	21 ans
Allemagne.....	21 ans (Code civil de 1900)
Belgique.....	21 ans
Luxembourg.....	21 ans
Roumanie.....	21 ans (Loi du 15-28 mars 1906)

On pourrait, d'abord, dire qu'à cet égard, « comparai-son n'est pas raison », que si l'âge pour contracter ma-riage, « varie avec les tempéraments et les températu-res » (1), il n'est peut-être pas paradoxal de dire que l'âge pour le faire librement doit varier également : qu'enfin dans une matière semblable, ce qu'il faut considérer « c'est l'intérêt propre de son pays à l'époque où l'on légifère, c'est l'état de ses mœurs, ce sont ses besoins présents... c'est par-dessus tout l'état de la législation à laquelle la société envisagée est soumise » (2).

Mais l'argument de droit comparé, invoqué autant à l'appui de l'abaissement de la majorité matrimoniale, que de son unification, devrait contenir, pour être vala-ble, une énumération complète des Etats dont il pré-conise l'exemple ; or ce n'est pas le cas ; car si la Rou-manie, élève de la France au point de vue juridique, a devancé son maître en 1906, la Hollande et l'Espagne ont gardé la majorité de vingt-trois ans, l'Autriche celle de vingt-cinq, tandis que l'Italie dont l'imitation nous est reprochée, a conservé la double majorité de vingt-cinq et vingt et un ans.

En définitive, « l'affirmation de cette fierté patriotique qu'en l'âme d'un Français de vingt et ans il y a autant de maturité d'esprit et de réflexion qu'en celle d'un Russe

1. J.-B. Duchesne. *Du mariage*. Examen comparatif des principes qui le régissent. Paris, 1845.

2. M. le Sénateur Fessard. Sénat, séance du 7 mai 1907. *J. off.*, n° du 8 mai 1907.

ou d'un Allemand », se présente plutôt, faute de preuve, comme un vœu que comme une vérité incontestée.

3° Un troisième argument était invoqué ; il tendait sous couleur d'égalité des sexes à présenter la réforme soutenue comme un pas vers le féminisme ; mais, outre que c'est le favoriser singulièrement que gratifier l'homme, et lui seul, d'une majorité moins élevée, il est fort à craindre, que la « galante réciprocité de cette mesure qui l'intéresse », ne soit pour fort peu de chose dans l'initiative de celles qu'il pourra prendre à l'avantage du féminisme.

4° Enfin, le véritable et solide point fixe sur lequel on pouvait prendre appui était une considération logique, tirée de l'ancien article 160 : aux termes de cet article, le mineur de vingt et un ans, dont les père et mère et aïeuls étaient décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ne pouvait contracter mariage sans le consentement du conseil de famille. Mais *quid* du majeur de vingt et un ans qui se trouvait dans la même situation ? Le Code ne statuait pas. Majeur quant à son patrimoine, la loi ne lui donnait plus aucune protection ; sa tutelle était terminée et le conseil de famille dissous. Mais quoique mineur quant au mariage jusqu'à vingt-cinq ans, il n'en était pas moins libre de prendre à ce sujet la décision que bon lui semblait, personne n'ayant qualité pour lui donner le consentement prescrit par l'article 148. Il s'ensuivait, très irrationnellement, que la capacité résultait pour cet

individu de causes externes et qui auraient dû en être indépendantes. Il n'y avait aucune raison pour admettre chez tout autre une plus grande disposition à bien décider sur un procès de mariage : juridiquement rien ne lui conférait une capacité que l'article 148 lui refusait dans le cas d'existence d'ascendants : il y avait donc lieu de réputer bien fondée une loi qui faisait disparaître cette anomalie.

L'argument parut au Sénat de nature à motiver l'adoption du nouvel article 148 ; néanmoins un amendement fut formulé tendant à conserver la dualité de majorités matrimoniales.

Se fondant sur des considérations tirées du service militaire, son auteur, M. Fessard, proposait de conserver l'âge de vingt et un ans pour les filles et de fixer celui de vingt-quatre ans pour les garçons. Il alléguait que « le désœuvrement est mauvais conseiller », qu'il reste au soldat des « loisirs sans but » et que trop souvent, il se noue à la faveur de ces loisirs des liaisons, qu'il arrive parfois de voir transformer en unions légitimes, en dépit de la volonté des parents. Dans ces conditions, abaisser à vingt et un ans la majorité matrimoniale des garçons, c'était « faire un vilain cadeau » tant à la classe bourgeoise qu'à la classe ouvrière ; pour l'une, c'était exposer les fils de famille à des aventures qui pouvaient compromettre leur fortune et leur avenir ; pour l'autre, c'était vouer le nouveau foyer à la misère, le père étant incapable de l'entretenir et ses propres

parents se désintéressant tout naturellement d'un ménage dont ils avaient désapprouvé la fondation.

En conséquence, il importait de réserver pour les père et mère la faculté de refuser leur consentement, tant que leur fils n'était pas sorti du service militaire, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de vingt-quatre ans.

Outre que cet amendement ne faisait rien moins que détruire en ses parties essentielles la proposition de loi, il tendait, à la place d'une majorité de vingt-cinq ans dont la détermination arbitraire était attaquée, à établir une autre majorité de vingt-quatre ans tout aussi conventionnelle, entrave presque aussi étroite à la facilité des mariages. Était-il bien utile de toucher au Code pour si peu de chose ?

La majorité unique de vingt et un ans fut donc votée dans la forme suivante :

ART. 148. — « Le fils et la fille qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contrater mariage sans le consentement de leurs père et mère. »

Au point de vue critique, que faut-il penser de la réforme,

1^o Les données du problème étaient bien complexes ; or, par l'effet d'un vote hâtif, après une discussion très rudimentaire dans chacune des deux assemblées, on aboutit à cette solution soudaine : la puissance familiale, avec les caractères que nous lui avons reconnus, voit son exercice abrégé, et, par le fait même, affaibli ; protectrice sans doute des droits de l'enfant, mais cer-

tainement aussi de ceux du groupe domestique, qu'intéresse si puissamment le mariage, n'est ce pas faire œuvre dangereuse que de fixer un terme moins avancé à son influence ? La réponse à ce point d'interrogation ne peut pas se donner *a priori*; toute appréciation fournie avant que les faits l'aient contrôlée et établie, serait vaine et sans fondement ; or, si les arguments invoqués en faveur de la réforme ne peuvent être considérés comme des preuves certaines de son opportunité, ils constituent tout au moins des indices ; qu'établissent-ils ?

Les chiffres montrent dans un pays, la Belgique, que sa situation géographique, sa langue et ses mœurs, autant que son histoire font le plus voisin de la France : qu'avec l'abaissement de la majorité matrimoniale, intervenue en 1896, a coïncidé une augmentation du nombre des mariages et un affaiblissement de la natalité naturelle ; depuis cette époque, la progression n'a fait que s'accroître (1).

1. Pourcentage des unions illégitimes.

Par cent habitants :

	Moyenne.
De 1881 à 1890.....	8,47 0/0
En 1895.....	8,64
» 1896.....	8,76
» 1897.....	8,32
» 1898.....	7,38
» 1899.....	7,68
» 1900.....	7,45
» 1901.....	7,07
» 1902.....	6,93
» 1903.....	6,70
» 1904.....	6,59

Il en résulte que, si les choses se passaient en bonne logique, si l'heureux effet constaté en Belgique devait fatalement se reproduire en France, avec une différence unique, celle des chiffres ; si les mariages légitimes se substituant aux unions libres, dans la même mesure, le nombre de naissances légitimes croissait par la seule force d'une modification législative, tout serait pour le mieux ; on pourrait attribuer au nouvel article 148, le mérite d'avoir mis fin à un certain nombre d'abus, fort rares d'ailleurs : calcul mesquin du père de famille qui, dans la bourgeoisie, empêche le mariage de son fils avec une jeune fille sans dot ; qui, dans la classe ouvrière, retarde le mariage de son enfant pour conserver les gains qu'il rapporte à la maison.

Malheureusement raisonner aussi logiquement serait aller contre le bon sens : on ne peut pas dire que « la population de la Belgique étant à celle de la France, comme 1 est à 5, il y aura en France, 20.000 naissances légitimes de plus ». Pronostiquer sur des bases aussi fragiles, serait risquer de faire fausse route ; car, on ne peut calculer sur des faits sociaux, éminemment relatifs et variables, comme sur des unités numériques, sur des tableaux de recensement,

De plus, il faudra se hâter de défalquer du nombre de mariages supplémentaires constaté et attribuable à la nouvelle législation, celui des divorces qui ne manqueront pas d'être prononcés dans le même temps : si on constate actuellement, en regard d'une faible augmen-

tation du nombre des mariages, une proportion beaucoup plus grande de celui des divorces (1), cette proportion ne fera que grandir, d'abord par la multiplication du nombre des unions ; ensuite par ce fait facilement prévisible, que beaucoup de ces unions contractées à la légère, sans avis de parents, à un âge où la passion l'emporte souvent sur la raison, ne tarderont pas à être suivies de la solution inévitable du divorce. Et cette dernière considération n'est pas pour peu de chose dans l'opinion des adversaires de la nouvelle majorité.

Pour eux, il y aura là une source abondante d'unions mal assorties dont l'ordre social n'aura que peu à se féliciter ; il y aura, pour une augmentation annuelle dérisoire de notre population (la population française augmente annuellement de 58.000 habitants contre 1.000.000 en Allemagne), une perturbation provenant de la méconnaissance prématurée de la puissance familiale, d'où résultera socialement un malaise.

Et alors, pour éviter un mal, ne tombera-t-on pas dans un pire ?

Pour restreindre le nombre des célibataires et des concubins, est-ce un grand résultat que de doubler le nombre des divorcés ? Pour donner la légitimité à des enfants et créer de francs et réguliers rapports de famille, n'est-ce pas s'exposer à introduire la discorde dans cette famille et marcher à la ruine d'un groupe—

1. En 1900, 299.084 mariages contre 7.157 divorces, soit 2,72 0/0.
En 1905, 302.623 mariages contre 10.019 divorces, soit 3,31 0/0.

ment domestique que tous les efforts tendent à constituer.

Rossi a fort bien fait sentir, pour ainsi dire « avant la lettre » le double aspect de l'alternative :

« Il s'agit de savoir, dit-il, si mieux vaut tolérer quelques jeunes gens de mœurs incorrectes, ou de préparer par des mariages imprudents des familles que la misère décime... »

Le choix paraît d'autant moins douteux que les dérèglements de la jeunesse peuvent être prévenus, atténués du moins...

Mais si vous poussez les jeunes gens aux mariages précoces ; si, au lieu de les appeler à la réflexion, à la prévoyance, aux épargnes, vous secondez leurs penchants physiques et l'entraînement de leur âge ; s'ils se trouvent chargés d'enfants, des dépenses qu'ils nécessitent, des soins qu'ils exigent, avant d'avoir formé un établissement raisonnable et quelques économies, que voulez-vous augurer du bien-être, de la moralité, de l'avenir de ces familles (1). »

Il faut remarquer qu'actuellement, toute prévision dans un sens ou dans l'autre est téméraire : comme l'a dit M. Catalogne dans son rapport, « il y a des arguments pour et des arguments contre » ; il est certain que la famille a grand besoin de voir resserrer ses liens ; mais il est certain aussi que bien des mariages irrégu-

1. Rossi. *Cours d'Econ. polit.*, 3^e éd., t. I, p. 312.

liers ont besoin de devenir réguliers. Au moment de la promulgation de la loi, il était impossible de dire qui, des avantages ou des inconvénients, l'emporterait. Mais, s'il est impossible de juger l'œuvre législative quant à ses effets, par contre peut-on l'apprécier en elle-même.

A ce point de vue, si bien fondée qu'elle fut en raison, il fallait tenir compte de sa répercussion possible sur les faits, et de ne procéder qu'avec ménagements.

2° Telle qu'elle est, la réforme semble imprudente, et puisque l'exemple étranger était invoqué, il y avait lieu de le suivre intégralement. Aux termes des lois belge, autrichienne, italienne et allemande, l'abaissement de la majorité matrimoniale a été accompagné d'un correctif : jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, les parents ont un recours devant les tribunaux contre le mariage de leurs enfants. Si les motifs sur lesquels ils s'y opposent sont fondés, le juge peut ordonner de surseoir à la célébration du mariage.

La loi du 21 juin 1907 présente tous les caractères d'une loi de transition, d'un échelon législatif, appelé à subir de prochains et profonds remaniements. Pourquoi le législateur n'y a-t-il pas introduit, provisoirement tout au moins, le contrôle judiciaire qui préparait les majeurs de vingt et un ans mineurs de vingt-cinq ans, à l'apprentissage de la liberté, conservait à l'autorité familiale une parcelle de son pouvoir menacé, tout en protégeant l'enfant contre ses abus ?

C'est avec ce corollaire que l'auteur de la proposition

de loi, M. l'Abbé Lemire, avait demandé la réforme principale :

« En obligeant par une disposition additionnelle les parents à porter les motifs de leur refus devant le juge, cette loi (la loi Belge) a empêché la plupart des oppositions fondées sur d'invouables raisons, et elle a restitué aux parents leur véritable mission qui est de surveiller leurs enfants pour empêcher le mal, mais non de disposer d'eux par un absolutisme irresponsable. Elle ménage la transition entre l'assujettissement complet et l'émancipation totale. »

La difficulté pouvait provenir de l'attribution de compétence de ce recours. Or, le juge de paix semblait désigné pour remplir cet office.

Son rôle ordinaire de conciliateur, de conseiller des familles, faisait de lui le juge nécessaire de tous les conflits, en cette grande matière du mariage, où ils sont graves, nombreux et délicats.

La publicité restreinte qui aurait accompagné ses jugements, n'était pas de nature à répandre le scandale causé par un désaccord domestique, dans une cause que son caractère désigne pour être jugée, qu'on nous passe l'expression, « sous le manteau de la cheminée. »

La relative modicité du coût des jugements de paix militait encore en leur faveur.

Le tout, sans préjudice de la force obligatoire qui aurait conféré à la puissance paternelle un regain d'éner-

gie, dû au caractère public d'une décision judiciaire fondée sur une juste et saine appréciation des faits.

II.

Quelles personnes sont appelées à donner jusqu'à vingt et un ans, majorité établie pour les deux sexes par le nouvel article 148, le consentement indispensable au mariage ?

D'une façon générale c'est *la famille*, organe naturel de protection de l'enfant, et dans cette famille, l'ordre des parents se détermine suivant les circonstances et conformément aux règles des articles 148, 149, 150, 152, et 158 du Code civil.

A défaut de parents, le pouvoir de consentir est attribué à des suppléants de la puissance familiale.

Il y a donc lieu de passer en revue tous ces cas et de noter au fur et à mesure quels changements la loi de 1907 fait subir au Code à propos de chacun d'eux.

I. — ASCENDANTS VIVANTS ET CAPABLES

A. — Enfants légitimes

a) *Père et mère vivants et capables*

Une distinction doit être faite entre le cas où ils ne sont ni divorcés, ni séparés, et celui où un jugement de divorce ou de séparation de corps a été rendu et dûment transcrit.

α (*Cas normal*. — L'article 148 s'applique (1).

Article 148. — Il n'a été modifié en 1907 que pour ce qui concerne la majorité matrimoniale ; quant à l'exercice du consentement des parents, il conserve l'état de la législation antérieure.

Il consacre ce principe évident, que c'est au père et à la mère qu'il appartient en première ligne de décider sur le projet de mariage de leur enfant.

Si l'accord règne entre eux, aucune difficulté ne se présente.

En supposant que le consentement ne soit pas donné oralement, la forme de l'acte qui le constate est réglée par l'article 73 (2). Il n'est pas inutile d'ajouter, comme non énoncé dans cet article, que l'acte doit être antérieur au mariage, spécial, et rédigé sur une feuille de papier au timbre de 0 fr. 60 sauf l'effet de la loi de 1850 sur le mariage des indigents.

1° Si les parents sont d'avis différents, le refus du père frappe de complète inefficacité l'assentiment de la mère. Inversement, le consentement du père permet à l'enfant de passer outre au refus de la mère. Mais,

1. ART. 148. — Le fils et la fille qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

2. ART. 73. — « Hors le cas prévu par l'article 160, cet acte de consentement pourra être donné soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant, et à l'étranger devant les agents diplomatiques ou consulaires français. »

la manifestation de ce refus et sa constatation sont des conditions indispensables de l'application de l'article 148, car « dissentiment » des parents implique consultation de chacun d'eux.

L'officier de l'état civil ne pourra donc célébrer le mariage sur le seul consentement du père que s'il lui est justifié du refus de la mère (1).

Dans quelle forme cette justification doit-elle être apportée ?

Il va sans dire qu'il n'y pas de question si la mère est présente à la célébration.

Mais en cas d'absence ?

L'accord des auteurs est moins complet.

Suivant certains d'entre eux, cette forme devrait être solennelle et se présenter soit comme un des actes prévus à l'article 73 du Code civil, soit comme un acte respectueux. Il est à remarquer que l'acte respectueux étant aboli, les partisans de cette théorie doivent admettre sa substitution par la notification établie au nouvel article 251 dont nous parlerons.

Mais telle n'est pas l'opinion commune, et la jurisprudence a statué dans le sens opposé.

Aux termes d'un jugement du tribunal de la Seine du 6 juillet 1876 (2), il suffit que « le dissentiment soit constant pour que le seul consentement du père suffise

1. Merlin. *Rép.* V^o Opp. à mar., n^o 4. — Vazeille, n^o 118. — Duranton, n^o 77. — Planiol, III, 63. — Baudry-Lacantinerie, I, n^o 417.

2. D. 77, III, 92.

à rendre l'enfant capable de contracter mariage, nonobstant le refus de la mère ». Il faut en conclure que la preuve de ce dissentiment constant, peut être faite tant par titres, lettres, etc., que par témoins.

2° Si la mère n'a pas été consultée malgré l'obligation que crée l'article 148, quelles conséquences cela entraîne-t-il ?

a) Des sanctions pénales d'abord, contre l'officier de l'état civil. — Ce sont celles de l'article 156 du Code civil, et de l'article 193 du Code pénal, que nous aurons à mentionner comme intéressées par la nouvelle loi.

b) Mais, en outre, la mère peut-elle faire opposition au mariage sur le projet duquel elle n'a pas été consultée ?

Plusieurs auteurs et la jurisprudence se sont prononcés pour l'affirmative (1).

Avec Demolombe, il faut reconnaître que les termes de l'article 173 ne permettent pas de lui reconnaître ce droit. La mère, aux termes de cet article, ne peut faire opposition qu' « à défaut du père ».

Or, le père ne fait pas défaut puisqu'il consent.

La mère se trouve donc en face d'un droit d'opposition qui ne lui sert pas plus que s'il n'existait pas.

c) Enfin, le mariage célébré, peut-elle en demander la nullité ?

Cela lui est tout aussi interdit : « le mariage... ne

1. Delvincourt, I, 58, n° 4. — Duranton, I, 60 n° 3. — Vazeille, I, 119. — Riom, 30 juin 1817.

peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis », dit l'article 182 du Code civil.

Or, le consentement de la mère n'est nullement requis, quand il y a eu désaccord entre les parents et que le père a donné le sien. Ce qui était requis, c'était la constatation du dissentiment. Ce n'est pas la même chose. L'action en nullité est fermée à la mère.

En somme, l'opinion que la mère peut avoir sur le projet de mariage de son fils et de sa fille ne compte pas : y est-elle favorable ? Si le père s'y oppose, son avis est nul et non-venu.

Le désapprouve-t-elle ? Si le père consent cela suffit.

« L'avis de la mère ne vaut ni pour ni contre. Elle ne peut ni marier sa fille, ni l'empêcher de se marier, ni la préserver d'un choix fatal, ni la soutenir dans un choix heureux (1).

S'il était une disposition du Code usée, vieillie, en complet désaccord avec les mœurs, les tendances actuelles, et même la saine et uniforme morale de tous les temps, c'était bien celle-là. Si l'inspiration, par endroits romaine de ce Code, devait faire place à des aperçus plus modernes, c'était dans l'article 148. Et puisque le début en avait été hardiment remplacé, quelle timidité a arrêté le législateur sur le point de faire disparaître le reste ?

Le principe duquel découlent ces effets iniques est la

1. E. Legouvé, *Histoire morale des femmes*, p. 288.

négarion même de cette idée toute naturelle, telle qu'il n'est pas besoin d'être juriste pour la concevoir, que l'enfant appartient à la mère autant qu'au père.

C'est la condamnation en trois lignes du sentiment auquel obéit M^m Jourdain, quand, apprenant que sa fille va faire, à l'instigation de son mari, un mariage déraisonnable, elle pousse un cri du cœur : « Elle est à moi, aussi bien qu'à vous ». ! Et cela n'appartient pas seulement au sens affectif. En raison pure, nul ne conteste que « le coup d'œil de la mère porte ailleurs et plus loin que celui du père. Le père s'inquiète de la fortune, de la carrière, de la position de son gendre, la mère prend plus de souci des rapports sympathiques qui l'uniront à sa fille, le père le juge mieux comme homme, la mère le juge mieux comme gendre. Tous deux voient la vérité, mais de profil ; leurs deux points de vue forment l'ensemble. (1) »

Devant leur conscience et devant la loi, le père et la mère sont égaux par les droits et par les devoirs que

1. E Legouvé. *Histoire morale des femmes*.

C'est la même idée que développe M. Gourju quand il préconise dans l'intérêt de l'enfant, l'intervention effective de la mère. « Nul n'ignore que les hommes, les pères de famille ont l'épiderme moins sensible pour ce qui concerne les causes morales d'opposition, de refus de consentement au mariage. Le père se laisse moins émouvoir par certains péchés de jeunesse que le futur gendre a pu commettre ; la mère s'en offusque davantage. Par conséquent, si c'est la mère qui accorde son consentement et qui l'accorde seule, on peut bien supposer que le mariage projeté n'est pas de nature à exciter légitimement les susceptibilités morales du père. »

leur confèrent et que leur imposent la naissance, puis l'éducation de l'enfant.

Si c'est au père, qu'incombe plus spécialement la charge de le nourrir et de l'entretenir, d'une façon générale, quels soucis et quelles peines de toutes sortes l'enfant ne coûte-t-il pas à sa mère, jusqu'au jour où il est définitivement élevé !

Quel rôle joue alors la loi, qui, à ce moment, met tous les droits du côté du père et prive la mère de la prérogative bien naturelle de donner un avis efficace sur l'établissement matrimonial de son enfant ?

Lors de la seconde délibération au Sénat, sur la proposition de loi, M. Gourju avait souligné cette immoralité légale. Pour mettre le Code d'accord avec la logique, disait-il, il serait suffisant d'y insérer cet article : « Le mariage ne peut être contracté sans le consentement du père ». « Il est tout à fait inutile de nous entretenir de la mère, puisqu'elle ne compte pas. »

Qu'on ne vienne pas dire que l'acte prescrit par l'article 148 est un acte de déférence, et que son caractère peut présenter quelque utilité ! Participant légitimement au reproche qu'on a fait à l'acte respectueux, celui qui consiste à demander un consentement pour y passer outre est plutôt une offense, qu'un hommage ; quant à la vertu qu'il aurait de faire naître des observations de nature à modifier la détermination du père ou de l'enfant, mieux vaut n'en point parler : la manifestation est par trop platonique.

Egaulx devant les obligations, le père et la mère devaient être armés des mêmes droits. Dira-t-on qu'en présence de deux avis contraires et comportant les mêmes sanctions, il fallait choisir au profit de l'un d'eux et lui donner une énergie plus grande, comme étant celui du mari ; que décider autrement serait méconnaître la puissance paternelle et la puissance maritale, et que devant ces deux pouvoirs intangibles, la femme n'avait qu'à baisser pavillon ?

1° On ne voit pas pourquoi la *puissance maritale* qui porte sur l'épouse vient frapper la mère ; acceptée « comme un axiome ou comme un fait » son principe est en droit fort discuté ; néanmoins il est communément admis : l'union de l'homme et de la femme forme une société, une communauté à laquelle il faut un chef comme dans toute association où plusieurs personnes mettent des biens en commun. Que ce chef doive être l'homme, dont les qualités ordinaire et les dons naturels dessinent plus particulièrement le rôle, nous l'affirmons encore, en dépit des tendances féministes des législations et des mœurs (1) ; mais encore faut-il savoir sur quels faits et sur quels actes va porter cette puissance qu'on lui met en main ; c'est assurément sur tous ceux qui, pour une certaine raison, morale ou juridique, requièrent nécessairement le contrôle de l'un des associés sur son co-associé ; or, il n'apparaît nullement comme une

1. Code italien de 1865. — V. Laurent, Avant-projet du Code civil Belge.

nécessité que le mari ait un pouvoir quelconque sur la décision de sa femme dans la matière qui nous occupe ; ses prérogatives ne semblent pas entamées ; on ne voit pas comment donner à la femme sur ce sujet les mêmes droits qu'à son mari, serait léser cette « puissance maritale » qu'on invoque toujours, sans la bien connaître, que le Code a presque négligé de mentionner, et qu'il a totalement omis d'organiser.

Sans doute, l'union de l'homme et de la femme, si elle ne doit comporter que des *droits* égaux, ne peut, pas comporter des *pouvoirs* égaux ; il est facilement prévisible que le mouvement constaté dans les mœurs contre ce « privilège de masculinité » ne pourra aboutir à la disparition intégrale de ce privilège ; que certains obstacles se présenteront, infranchissables, à la croisade qu'entreprennent contre lui juristes et littérateurs. S'il est nécessaire de considérer, dans une association d'existences comme le mariage, la situation individuelle de chacun des associés, il restera toujours impossible de classer, dans le patrimoine de chacun d'eux, certains intérêts dont il faudra pourtant assurer la direction.

D'autre part, que la collaboration féconde des gens de lettres et de loi, vise à l'amélioration de la condition morale de la femme, en même temps qu'à la suppression des incapacités dont elle souffre pour la gestion de ses intérêts pécuniaires, le but en est louable, et il faut en désirer le succès ; mais il faudra reconnaître que certaines raisons, motifs de convenance sociale notam-

ment, s'opposeront à l'émancipation totale de la femme mariée.

Mais dans le cas qui nous occupe, ces raisons n'existent pas : la discipline du ménage n'est pas en jeu parce que la mère opine autrement que le père sur la valeur du parti matrimonial qui se présente. Le Code l'a reconnu implicitement, puisqu'il a permis à la mère de se faire une opinion et de l'exprimer ; alors si cela lui est loisible, si on reconnaît une valeur à son avis, qu'on l'autorise à le formuler librement, qu'on lui confère les sanctions conséquentes, qu'on n'en fasse pas une consultation furtive, que le père peut priver de tous résultats en proférant une sentence contraire !

2°. Invoquera-t-on en faveur de l'actuel état de choses cette raison péremptoire qu'il est le seul à cadrer avec le titre IX du Code ; et que, conférer à la mère des pouvoirs plus efficaces, c'est porter une singulière atteinte à la *puissance paternelle* ?

L'argument a été employé pour réfuter un amendement de M. Gourju fait dans un esprit de féminisme équitable.

« Favoriser la mise en échec par la mère, ou à son instigation, de la volonté du père, c'est tourner la loi en permettant l'émancipation par un moyen détourné, dit-on. C'est violer l'article 374 (1). »

1. Art. 374. — L'enfant ne peut quitter la maison paternelle, sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus.

Assurément cet argument semble embarrassant pour la thèse que nous défendons ; mais ce n'est là qu'une apparence.

D'abord, faut-il faire état d'un article d'application si rare, pour l'opposer victorieusement à une réforme dont l'urgence est aussi évidente ?

Puisqu'une modification s'impose, pourquoi ne pas ajouter un paragraphe restrictif à l'article 374, prévoyant le cas de mariage ?

Quant à attenter à l'autorité paternelle en général, tout dépend de la mesure dans laquelle on admet l'intervention de la mère et du procédé pratique de la mettre en œuvre.

Or, à ce point de vue, sous réserve des explications qui vont suivre, cette intervention, loin de pousser à la ruine de la puissance domestique, en est le meilleur garant, parce fait, qu'elle nécessite le concours d'une puissance plus forte qui la soutient et en assure le respect.

L'article 148 actuel touche d'ailleurs au comble de l'illogisme : l'accord règne entre les parents : le consentement de la mère est si nécessaire, si peut attentatoire à la puissance maritale et paternelle, que sa justification est la condition *sine qua non* du mariage,

Au contraire, les parents sont-ils d'avis opposés ? La raison majeure interdit de considérer comme utiles le consentement de la mère à un mariage que le père réprouve, ou son refus de consentir à une union que le père encourage.

Bien plus, l'enfant étant mineur, la mère ne peut rien. Son refus n'a pour sanction que l'obligation bien anodine, pour le futur époux, d'en justifier comme bon lui semblera. Est-il majeur, au contraire, ce dernier verra se présenter la nécessité de faire signifier à sa mère son projet de mariage, dans la forme solennelle, autrefois de l'acte respectueux, aujourd'hui de la notification notariée. La mère a donc plus de pouvoir sur un majeur que sur un mineur.

Enfin, l'article 148 choque à ce point la raison, que certains officiers de l'Etat civil ont été jusqu'à exiger de mineurs, en justification du refus maternel, l'acte respectueux que seuls doivent produire les majeurs : l'illogisme a mené à l'illégalité.

Donc, toutes les considérations condamnent la méfiance, l'inefficacité dont on affecte l'avis, pourtant si éclairé de la mère. La morale et la logique réclament un changement que la loi de 1907 a omis d'apporter.

I. Comment faut-il le faire ?

Dans un respect absolu de l'égalité des droits des parents, imitera-t-on la législation de 1793 ? Comme elle, subordonnera-t-on le mariage des enfants, au double consentement du père et de la mère, plutôt que de faire fléchir la volonté de l'une devant celle de l'autre ?

Ce serait là marcher contre la tendance actuelle, franchement orientée vers les mesures qui favorisent l'expansion matrimoniale.

Il est du reste, plus rationnel de penser que si l'un des parents approuve le projet, c'est qu'il n'est pas déraisonnable ; que tout au moins, s'il peut être attaqué, il peut aussi être soutenu.

Dans ces conditions, il serait aussi imprudent de donner à priori la préférence à l'un, qu'à l'autre.

Le cas mérite d'être mûrement apprécié : Qui pourra le faire ?

Les lois de l'époque révolutionnaire ; avaient rêvé d'une famille où les droits de chacun seraient respectés et sauvegardés, où les conflits ne seraient pas résolus par la volonté toute puissante, mais soumis à l'arbitrage d'un tribunal domestique. (1)

Pareille conception nous est interdite, mais il en est une bien voisine qui peut la suppléer.

Nous admettons le principe de cet organe de juridiction qui attribuerait à chacun la portion d'influence à laquelle correspond la valeur de son opinion ; qui saurait faire la part du sentiment ici et là, de l'intérêt. Il faut un arbitrage. Où le trouver ? Dans la famille ?

L'organisation sociale actuelle ne le permet pas.

Il faut donc le chercher ailleurs.

M. Gourju dans son amendement, de sens si hautement moral, voulant faire entendre dans le débat « une voix impartiale », préconisait un recours de la mère au

1. Décret des 16,24 août 1790.

tribunal civil d'arrondissement, « pour vider le différend ».

Ce tribunal aurait mis un terme honorable au conflit après avoir entendu à huis-clos des explications contradictoires.

Acceptant le principe, son application dans cette forme nous semble critiquable : Le choix du tribunal d'arrondissement, la procédure extraordinaire du huis clos seraient, semble-t-il remplacés avec avantage par une attribution de compétence au tribunal de paix : son caractère presque privé, la rapidité et le minimum de dépenses de sa procédure, sa proximité topographique sont autant d'arguments en sa faveur et aux dépens du Tribunal de 1^{re} instance. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'en reparler dans l'hypothèse suivante.

II. — Comment le recours devra-t-il s'exercer ?

a) Dans un sens négatif, d'abord il serait nécessaire de permettre à la mère de résister au consentement trop facilement donné par le père, de l'aider à empêcher la formation d'un mariage qu'elle estime dangereux pour son enfant : en cas de dissentiment, le consentement du père ne suffirait plus. Il est en effet inadmissible qu'une mère, ayant souvent de bonnes raisons à invoquer, se trouve les mains liées, dans l'impossibilité de rien faire contre l'irréparable d'un mauvais mariage.

Qu'elle déduise ses motifs d'opposition devant le juge de paix, celui-ci les appréciera, et, s'il le juge à propos, fera cette œuvre, morale s'il en est, de protéger l'enfant

jusqu'à sa vingt et unième année contre son imprudence et le consentement inopportun de son père, auxquels le laisse exposé l'actuelle législation.

b) En sens inverse, il peut être de l'intérêt de l'enfant que son établissement matrimonial se fasse pendant sa minorité. Ce sera le cas surtout pour les filles.

Bien que le danger soit moins grand que dans le cas précédent, l'opportunité peut se présenter de vaincre l'obstination d'un père, qui peut être inspirée par des considérations fort peu recommandables.

Est ce à cet enfant qu'il faudra confier le droit d'intenter la demande ?

Nous nous sommes suffisamment expliqué sur le fondement et les limites de la puissance familiale, pour n'avoir pas à revenir sur les motifs d'une réponse négative. Mais qui est-ce qui s'opposerait à ce que la mère, dans la conviction d'une union avantageuse, soumit le différend au juge de paix ?

La démarche est justifiée par l'intérêt de l'enfant et son bien, qu'il faut mettre franchement au-dessus des considérations de discipline domestique.

L'article 248 du Code civil permet à la femme d'ester en justice, quand elle en demande l'autorisation au juge, après s'être vu refuser cette autorisation par son mari.

L'article 16 de la loi du 12 juillet 1905, sur la compétence et l'organisation des justices de paix, décide que le juge de paix peut autoriser la femme mariée à ester devant son tribunal quand elle n'obtient pas cett^e

autorisation de son mari entendu, ou dûment appelé par voie de simple avertissement.

Voilà une occasion bien légitime d'exercer cette compétence. Puisque la loi n'a pas estimé, dans des cas moins importants, que l'autorisation supplétive de justice fût dangereuse comme portant atteinte à la puissance maritale, il n'y a pas lieu de la craindre ici.

Et la décision que rendra le juge, les époux entendus dans son cabinet, en la forme discrète et peu coûteuse des jugements de paix, chassera l'arbitraire de l'article 148, où la loi de 1907 l'a laissé.

III. — Mais, objectera-t-on, c'est prendre là une initiative bien lourde que de provoquer l'ingérence des pouvoirs publics dans la famille, ne serait-ce que dans la personne d'un de leurs plus modestes représentants, le juge de paix. C'est faire un grand pas contre la puissance familiale que de lui imposer un contrôle judiciaire, c'est marcher à la ruine de la famille.

Nous somme convaincu du contraire :

Pour ce qui est d'une initiative, elle n'est plus à prendre. Dans un cas spécial, celui de déchéance paternelle, l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889 dispose que, si des père et mère, ayant confié leur enfant à l'Assistance Publique ou privée, refusent de consentir à son mariage, en vertu de l'article 148 du Code civil « l'Assistance Publique peut les faire citer devant le tribunal qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou dûment appelés en Chambre du Conseil. »

De même, l'article 452 du Code civil n'a pas hésité depuis sa modification de 1907 à admettre une intervention judiciaire, au cas de désaccord des parents divorcés ou séparés de corps.

La proposer dans celui de désaccord entre parents mariés et non séparés, n'est guère qu'une étape dans la voie que la législation a tracé en 1889 et 1907 (1).

Peut-on dire qu'il y a intérêt à ne pas amener hors de la famille un débat qui n'en doit pas sortir, à ne pas l'aigrir par les discussions d'un procès, à ne pas faire, par une décision judiciaire, « du père et de la mère un vainqueur et un vaincu ».

Cela n'apparaît pas.

Evidemment, en posant cette question on passe du terrain du droit sur celui des faits ; c'est aller du connu à l'inconnu. Et il est difficile de répondre à priori dans un sens ou dans l'autre.

Pourtant il semble bien qu'imposer au différend familial un juge conciliateur, une juridiction qui participe un peu de sa nature, c'est faire œuvre aussi salutaire que celle de la société qui, à son origine, évoqua les luttes particulières et substitua à leurs solutions brutales, la sentence de ses magistrats.

Loin « d'aigrir des discussions » qui ne s'enveniment

1. Trois législations voisines nous ont d'ailleurs précédés, dans cette voie en donnant un recours à la mère : La législation Néerlandaise, devant le juge de canton, (article 99 à 102) ; La législation Italienne, devant la Cour d'appel (article 66) ; La législation Allemande, devant le tribunal des tutelles, bailliage (article 1.308).

que par leur durée, c'est leur enlever de leur acuité que de les faire cesser immédiatement.

Cet effet bienfaisant se produit-il aux dépens de la puissance familiale ?

Nullement. S'il est un moyen de conserver cette force longtemps dans son intégralité, de l'abriter du mouvement de méfiance qui se dessine actuellement contre elle et aboutira, si l'on n'y pense, à sa désagrégation, c'est au contraire le moment de l'étayer par une puissance plus forte, de doubler l'autorité domestique de l'autorité sociale.

Et la nouvelle énergie fournie à l'autorité domestique lui proviendra de deux sources : elle empruntera à l'autorité publique un peu de sa force exécutoire contre — laquelle aucune résistance ne prévaut. Et, d'autre part, l'affirmation officielle de son bien-fondé, par la décision du magistrat homologuant celle du père, donnera une énergie nouvelle à un pouvoir domestique que des manifestations inopportunes mènent au discrédit.

Mais, pour aboutir à ce résultat, le choix de l'organe de soutien n'est pas indifférent. Il faut que son œuvre soit une collaboration, non pas une absorption.

Il doit assurer l'autorité du père et ne pas s'y substituer ; aussi, est-ce la raison qui désigne pour cet office la justice de paix.

Père et mère divorcés ou séparés de corps. Article 152. — Quand le père et la mère sont séparés de corps il est fort probable qu'ils ne s'entendront pas sur

le consentement à donner au mariage de leur enfant.

Dans ce cas, on ne pouvait s'en tenir à la règle générale de l'article 148 : car, déjà critiquable quand les parents sont unis et ne sont d'opinions différentes que sur le projet de mariage qui leur est soumis, elle devenait odieuse par le refus que pouvait faire un père de donner son consentement, dans le seul but de faire pièce à sa femme et à son enfant, avec lesquels il ne vivait plus.

Et pourtant le Code n'avait pris aucune disposition spéciale ! La loi du 20 juin 1896, profitant du vide que créait la modification des actes respectueux, rédigea un nouvel article 152, entièrement consacré au cas qui nous occupe. (1)

I. C'était déjà un grand progrès sur la législation antérieure. Dans la pensée de ses auteurs, cet article supprimait la suprématie du père dans des circonstances spéciales où elle n'avait plus de raison d'être et créait une prime au profit du plus digne des deux époux. La reconnaissance de cette qualité résultait de l'appréciation du tribunal statuant sur la demande en divorce.

Le mariage pouvait être célébré sur :

1° Justification de la qualité de divorcé ou de séparé de corps, et des deux conditions spéciales requises, au moyen du jugement.

2° Justification du refus de l'un des parents pour la constatation du « dissentiment » exigé.

1. ART. 152. — « S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu le garde de l'enfant, suffira. »

On admettait, au cas où il fallait rapporter la preuve du refus du père, que cette preuve pouvait être faite par tous les moyens comme celle du refus de la mère à l'article 148.

Mais la loi de 1896 avait laissé bien des points dans l'ombre : elle était incomplète.

Une première lacune se constatait quand le divorce, ou la séparation, avaient été prononcés au profit des deux époux et que le tribunal n'avait pas statué sur la garde de l'enfant. Le cas, bien que rare, se présentait.

Ou bien, dans celui où le jugement avait été rendu aux torts réciproques des plaideurs : chacun d'eux, même celui à qui avait été confiée la garde se trouvait ne pouvoir profiter de la faveur de la loi, puisque celle ci exigeait cumulativement le profit du divorce et la garde de l'enfant.

Dans ces deux hypothèses, se retrouvait-on sous l'empire du droit commun ?

Ensuite, une certaine gêne résultait, dans l'application de l'article 152, de son ambiguïté. Une double question se posait : La nouvelle mesure permettait elle seulement de suppléer à la volonté du père, quand il opposait son refus au consentement de la mère plus digne ?

Ou déplaçait-elle, au contraire, absolument et radicalement le pouvoir d'autorisation, et le conférait-elle exclusivement à la mère, qui méritait plus de confiance ?

En somme, avait-elle le caractère d'une sorte de déchéance paternelle ?

Voici quel était l'intérêt de la distinction.

Si on admettait la première théorie (et c'était celle du parquet général de la Cour de Paris), c'était une simple faculté de passer outre au pouvoir du père. Celui-ci refusait-il son consentement, celui de la mère, investie des qualités requises, suffisait.

Celle-ci, au contraire, s'opposait-elle à l'union projetée : On ne se trouvait plus dans les conditions de l'article 152. On ne pouvait plus dire : « le consentement.... suffit ».

On se retrouvait dans le droit commun et le consentement du père, par ce fait seul que c'était le père, permettait de conclure le mariage.

En résumé, le droit de la mère était un droit supplétif qui permettait d'autoriser le mariage, sans pouvoir l'empêcher. Son consentement était suffisant, mais n'était pas nécessaire. Conclusion immorale, basée sur une interprétation strictement littérale et proclamant la prépondérance du père, par hypothèse peu intéressant, puisque le bénéfice du jugement lui avait été refusé.

Pour d'autres interprètes (1), l'article 152, nouvelle forme rompait avec la tradition du Code. Il n'y avait aucune assimilation à faire entre l'article 148 et l'article 152. On donnait l'avantage, dans tous les cas au plus digne ; ne pouvant admettre que fût suffisant le consentement d'un père qui a commis des fautes graves, il fallait reconnaître une influence décisive à la mère.

1. Maurice Léven, *Lois nouvelles* 1896. 2^e partie, p. 125 et suiv.

Consentante, elle permettait le mariage. Au cas contraire, son refus l'ajournait jusqu'au moment où aucun consentement familial n'était plus nécessaire ; c'est-à-dire alors vingt-cinq ans pour les garçons et vingt et un ans pour les filles.

Et cette thèse trouvait son meilleur argument dans l'analogie de l'article 50 § I de la nouvelle loi militaire du 21 mars 1905 aux termes duquel « en ce qui concerne l'engagement : le consentement de celui des époux auquel la garde de l'enfant aura été conférée, est *nécessaire et suffisant* ».

Ce raisonnement, aux tendances plus morales était tout aussi inadmissible que le précédent. Interpréter la loi, n'est pas la contredire. C'est déjà beaucoup, souvent, de la tourner. Or, accepter ces dernières solutions, serait implicitement affirmer que la loi de 1896 avait fait une situation particulièrement défavorable aux enfants de parents divorcés ou séparés de corps. Ce seraient les seuls à devoir attendre pour se marier, dans le cas de dissentiment entre leur parents, leur majorité matrimoniale ; alors que, pour tous les autres, la prépondérance injustifiée, mais reconnue de la voix du père, aplanissait toutes difficultés.

Tel n'était pas, évidemment, l'esprit de la loi de 1896, qui s'était proposé à elle-même ce but « de simplifier les formalités du mariage ».

Il y avait donc à ce point de vue une amélioration à trouver, un certain équilibre à établir entre les pouvoirs

exorbitants et dangereux du père, ceux insuffisants de la mère, et l'intérêt de l'enfant.

II. La loi de 1907 s'est efforcée de le faire.

Elle a estimé que formuler une règle générale sur un sujet semblable serait téméraire. Elle a jugé que l'examen du fait serait déterminant de la décision à prendre et elle a confié cet examen à la justice.

La revision de l'article 152 n'a été envisagée pendant l'élaboration de la loi que d'une façon accessoire et tardive.

Les réformes à faire avaient été votées par la Chambre des députés. Le vote avait été transmis au Sénat et le rapport fait à la Haute Assemblée par M. Catalogne, et l'on avait absolument passé sous silence le cas des parents divorcés ou séparés de corps lorsque, à la première délibération sur l'ensemble de la loi, la Commission proposa un article 6 *bis* ainsi conçu :

« S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de *celui* des deux époux *qui a la garde de l'enfant* suffira. »

C'était supprimer une des deux conditions sagement exigées par le Code et auxquelles on ne pouvait reprocher qu'une prudence excessive.

Le nouvel article, pour éviter les inconvénients de cette combinaison, avait trouvé ce moyen un peu simpliste de supprimer le mal en supprimant la cause.

L'intérêt de l'enfant était compromis, car la garde n'en est pas toujours confiée au plus digne ; il arrive notamment que les filles sont confiées à la mère, en rai-

son de leur sexe, alors que le jugement a été prononcé au profit du père. Et dans ce cas, c'est à la mère que l'on se fiait, peut-être à tort, pour consentir au mariage, alors que l'avis éclairé du père eût été plus précieux.

M. de Montfort fit valoir cet argument, et l'article 152 ne fut définitivement adopté qu'en seconde délibération, sur un texte conforme proposé dans le rapport supplémentaire, avec la teneur suivante :

Art. 152. — « S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé, et qui a la garde de l'enfant suffira.

« Faute de réunir ces deux conditions, celui des père et mère qui consentira au mariage, pourra citer l'autre devant le tribunal de 1^{re} instance siégeant en Chambre du conseil ; le tribunal compétent sera celui du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant ; il statuera en audience publique et en dernier ressort. »

L'innovation consiste donc dans l'immixtion des pouvoirs publics dans des droits jusqu'alors réservés à la famille. A vrai dire, la commission ne l'a pas fortement motivée ; elle s'est contentée de considérer « que toutes les situations de famille ne pouvaient pas être prévues », et le Sénat n'a demandé aucun développement de cet aphorisme.

Il n'en reste pas moins vrai que le parti adopté est des plus sages.

Le père ou la mère réunit-il les deux conditions requises : bénéfice du jugement et garde de l'enfant ?

Il possède toutes les bonnes raisons de décider sans appel du sort de cet enfant. Rien n'est changé à la législation de 1896. Il faut remarquer cependant que la controverse que nous avons rappelée subsiste : Le refus de la mère gardienne de l'enfant et gagnante du procès est-il péremptoire ?

L'enfant doit-il attendre sa majorité ?

Ou bien y a-t-il lieu de laisser intervenir le consentement du père, par hypothèse plus ou moins digne de donner un avis décisif ?

La loi de 1907 ne le dit pas.

Et puisque le contrôle judiciaire était en principe admis, il était souhaitable de le voir s'appliquer là ; et mettre fin au débat entre l'intérêt de l'enfant qui ne doit pas atteindre sa majorité, et la puissance exagérée du père divorcé ou séparé à ses torts et griefs.

Au cas où le jugement a été prononcé conformément au fait le plus fréquent, c'est-à-dire quand le tribunal a reconnu des fautes des deux côtés, et en a tenu compte pour prononcer le divorce ou la séparation, suivant les circonstances, soit au profit, soit aux torts réciproques, et a attribué la garde de l'enfant à l'un, ou réparti celle des enfants entre les deux époux, le nouvel article 152 fournit des solutions là où il n'y en avait pas.

Et il a le grand mérite de ne pas le faire *ex professo*, comme beaucoup de dispositions légales qui statuent sur des espèces à naître. Il laisse l'examen des faits à

l'autorité désignée par sa nature pour le faire : à la justice.

Le législateur a franchement reconnu son impuissance à apprécier par avance les contingences pratiques, et il a laissé le soin de juger aux magistrats (1).

Quels magistrats ? Ceux du tribunal de 1^{re} instance, le tribunal civil d'arrondissement, tribunal ordinaire de droit commun. Il y a fort à dire sur la procédure indiquée et sur le choix du tribunal lui-même.

Au point de vue forme, la loi prescrit que l'un des parents pourra *citer* l'autre devant le *tribunal de 1^{re} instance siégeant en Chambre du Conseil qui statuera en audience publique et en dernier ressort*.

Il y a d'abord équivoque sur le mode d'introduction de la demande. La citation, en termes de procédure, est un exploit d'huissier invitant une personne à se présenter en conciliation devant le juge de paix ou le tribunal civil.

On la distingue de l'assignation ou ajournement qui est l'acte d'introduction lui-même. La différence est appréciable par les délais de comparution qui sont de trois jours francs dans le premier cas et de huit jours francs dans le second.

1. Il faut noter l'appréciation suivant laquelle la circulaire ministérielle du 12 juillet 1907 a estimé que, quand le divorce ou la séparation aurait été prononcé aux torts et griefs des deux époux, ceux-ci devraient être considérés comme l'ayant obtenu à leur profit et que, en conséquence, le consentement de l'un d'eux suffirait et dispenserait de recourir au tribunal. La loi n'a pas statué expressément et rien ne permet, nous semble-t-il, de l'interpréter aussi largement.

Or, le recours judiciaire de l'article 152 n'apparaît pas comme une demande de conciliation, mais bien comme un procès : le mot « citer » est donc impropre et celui « d'assigner » lui serait avantageusement substitué.

La marche de l'instance est ensuite tout à fait nouvelle.

La Chambre du Conseil est l'assemblée que le tribunal tient dans un local tel que toute publicité en est exclue. Or, la manière dont opère son assemblée est double selon les matières.

En matière contentieuse, le tribunal délibère en Chambre du Conseil, mais statue en audience publique : c'est le cas de l'opposition à exécutoire de dépens (art. 133 du Code de procédure civile) ou de poursuites disciplinaires contre des officiers ministériels, ou les magistrats (loi du 20 avril 1810, art. 49). Ces cas n'ont rien de commun avec celui de l'article 152.

En matière gracieuse qui s'en rapproche davantage, puisqu'elle comporte les autorisations de femmes mariées (art. 218, Code civil) la Chambre du Conseil est la juridiction de droit commun. Mais alors le tribunal délibère et statue sans aucune publicité. C'est la forme qu'avait réclamée M. Gourju en préconisant l'intervention judiciaire entre époux non divorcés ni séparés, mais différant d'avis sur un consentement à mariage.

En somme, la loi de 1907 a fait choix d'une procédure mixte inharmonisée avec les règles préétablies.

Quant au choix du tribunal, il ne satisfait ni les con-

ditions de célérité, ni celles d'économie que requiert la matière.

Les rôles des tribunaux d'arrondissement sont encombrés et l'accès n'en sera pas facilité par la complication de cette procédure : il faut en effet introduire une requête sur laquelle le président rend une ordonnance autorisant à assigner en Chambre du Conseil.

C'est alors seulement que l'exploit peut être lancé. D'où une perte de temps inutile et sans doute préjudiciable à l'enfant dont le projet de mariage est pendan.

Cette considération prend une nouvelle valeur si l'on pense que le tribunal d'arrondissement se trouvera sans doute loin du domicile du demandeur et peut-être même du défendeur ; d'où dérangement préjudiciable par les sacrifices de temps et d'argent qu'il nécessite.

Enfin, le ministère de l'avoué est nécessaire au tribunal de 1^{re} instance. La constitution de cet officier ministériel ne peut pas être considéré comme une économie, et la mesure qui l'ordonne ne peut passer pour démocratique.

Sans doute, le rapporteur a exprimé ce vœu bienfaisant qu'en pareille matière, l'assistance judiciaire soit largement accordée. Mais ce n'est là qu'un vœu, bien peu efficace, sans doute comme la plupart d'entre eux, et la loi a totalement omis d'imiter sa devancière du 24 juillet 1889 sur les enfants abandonnés, qui dispensait la requête des frais de timbre et d'enregistrement.

Encore est-il heureux que la loi ait décidé que l'af-

faire se jugerait en dernier ressort. au tribunal du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant. Mais ces deux sages prescriptions ne détruisent pas l'effet malheureux des autres.

En raison des inconvénients même de la juridiction ordinaire, il semble que cette compétence devrait être attribuée spécialement (puisque la loi édictait une mesure d'exception) au tribunal de paix.

Une fois de plus, c'était l'occasion de reconnaître ses qualités de rapidité de solution, de modicité de frais, de discrétion de formes.

Puisque la loi voulait ce double effet de la comparution secrète et du jugement public, il était facile d'ordonner la comparution des époux dans le cabinet du juge de paix, sur simple citation ou même sur avertissement postal sans frais.

Après une tentative de conciliation, auquel son rôle ordinaire le préparait, le juge de paix pouvait rendre son jugement et le prononcer en audience publique, avec la publicité restreinte et suffisante que cette formalité comporte.

Quoi qu'il en soit, en ce qui touche la célébration du mariage, l'officier de l'état civil aura le droit d'exiger, en cas de dissentiment, le jugement ou l'arrêt de divorce ou séparation pour savoir si l'époux qui consent a bien obtenu le profit de la décision judiciaire et la garde de l'enfant qui veut se marier.

Si l'époux consentant ne réunit pas ces deux condi-

tions, il devra réclamer la décision judiciaire qui lui permettra de passer outre au refus de l'un des époux (1).

Quelles sont les hypothèses d'application de l'article 152 ?

L'effet de la nouvelle loi a été de les réduire.

On peut en concevoir quatre :

1° *Les parents divorcés ou séparés n'ont que des enfants mineurs de vingt et un ans.* — Si le tribunal a statué sur le profit du jugement et sur la garde des enfants, pas de question possible.

S'il a décidé seulement sur le premier point, de qui suffira le consentement ? La controverse était possible avant le nouvel article 152. On décidait généralement que l'esprit de la loi étant de simplifier l'accès de mariage, il fallait en conséquence, à défaut des deux conditions, réputer la seconde accomplie et se contenter du consentement de celui des parents au profit duquel la sentence judiciaire avait été rendue.

Aujourd'hui, la discussion n'est plus possible, puisque dans le cas étudié, le tribunal devra intervenir pour suppléer à la condition défailante.

2° *Il n'y a que des enfants majeurs de vingt et un ans.*
— Nouvelle difficulté sous le régime de l'ancienne loi : Le droit de garde des parents n'existant que jusqu'à la majorité de vingt et un ans.

1. Bull. off. annoté de tous les minist., juin 1907, p. 188

D'autre part, le fils avait besoin du consentement familial jusqu'à vingt-cinq ans, majorité matrimoniale. Il y avait donc une période de quatre ans pendant laquelle l'article 152 était inapplicable.

L'enfant allait-il attendre sa majorité matrimoniale ?

La solution la plus fréquente était contraire, et le consentement de celui des parents qui ne satisfaisait qu'à l'autre condition était suffisant.

La loi de 1907 a eu pour effet principal, on l'a vu, de ramener à vingt et un ans la majorité matrimoniale : le point d'interrogation ne se pose donc plus.

3° *Il y a des enfants majeurs et mineurs.* — Les enfants ont été répartis entre le père et la mère : Pour les majeurs, le consentement du parent non coupable était suffisant comme dans le cas précédent.

Il en était de même en vertu de la règle générale pour les mineurs confiés à sa garde.

Quant aux mineurs confiés au parent coupable, on ne voyait d'autre moyen d'observer la loi que d'obtenir concurremment l'autorisation des deux parents ou d'attendre la majorité de l'enfant.

Le contrôle judiciaire s'impose maintenant dans ce dernier cas.

4° *Enfant émancipé.* — Enfin, l'enfant est émancipé, et encore mineur de vingt et un ans. Si les parents divorcés ou séparés ne sont pas d'accord sur son projet de mariage, qu'arrivera-t-il, puisque sa garde n'appartient plus à personne ?

Il suffira dans ce cas du consentement de celui qui l'a émancipé, puisque c'est lui qui a obtenu la garde, (on se trouve dans les termes de la loi) pourvu que le profit du jugement lui appartienne. Sinon ce sera au tribunal d'apprécier sur le recours organisé par la nouvelle loi.

Recours. — Enfin le jugement rendu par le tribunal compétent, celui du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant, suivant la loi, est-il susceptible de recours ?

Pour l'appel, l'article 152 a répondu négativement en ces termes : « Il statuera en audience publique et en dernier ressort. »

Mais que décider de l'opposition ?

Celui des parents qui refusait son consentement au mariage, et qui a fait défaut à l'instance, peut-il demander au tribunal de se rétracter sur le jugement qui rend possible ce mariage ?

Il semble, de prime abord, que rien ne l'en empêche. Mais n'y a-t-il pas lieu de rapprocher de l'article 152, l'article 179 modifié par la loi du 20 juin 1896 ?

Aux termes de cet article « les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne sont pas susceptibles d'opposition ».

Cette disposition pare à un artifice de procédure fréquent avant 1896 : une des personnes à qui la loi en donne le droit aux articles 172 et suivants, faisait opposition au mariage d'un individu ; ce dernier introdui-

sait une demande en mainlevée ; l'opposant ne constituait pas avoué et un jugement prononçant mainlevée était rendu par défaut faute de comparaître. Alors seulement, le défendeur au procès faisait opposition au jugement dans les délais utiles, provoquant une nouvelle mise au rôle, engageant son adversaire dans de nouveaux frais ; et arrivait, grâce à la procédure, à retarder sans motif l'union qu'autorisait le premier jugement. La loi de 1896 a fait cesser ce vicieux état de choses.

Mais la loi de 1907 en crée un analogue. Sur jugement rendu en dernier ressort et par défaut contre lui, celui des parents divorcés ou séparés qui refuse son consentement au mariage pourra faire opposition, pour demander au tribunal de se rétracter. Les mêmes inconvénients sont à craindre que dans l'hypothèse à laquelle a remédié la loi de 1896. Il est cependant impossible de raisonner par analogie et d'appliquer à l'article 152 la disposition de l'article 179.

Il faut donc reconnaître au défendeur contre qui le jugement a été rendu, le droit de faire opposition, avec les conséquences qu'il comporte.

b) *Un des parents est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (art. 149).*

Article 149. — La loi de 1907 n'ayant rien modifié dans ce cas, nous n'avons à l'envisager que pour mémoire. Nous nous contenterons donc de rappeler ses diverses applications et les solutions qui s'y rattachent mais sans en entamer la discussion.

Le père ou la mère est mort, ou dans l'impossibilité de donner un consentement au projet de mariage. Cette impossibilité peut résulter de causes physiques ou morales. Les premières concernent l'hypothèse de l'absence de l'un des époux ; on controverse celle du simple éloignement, c'est-à-dire celle où la personne appelée à consentir, bien que son existence soit certaine et que l'endroit où elle se trouve soit connu, est empêchée par des raisons matérielles d'exercer son droit.

Fidèle à l'interprétation restrictive du texte et malgré la jurisprudence contraire (1), nous n'admettons pas l'assimilation du cas d'éloignement à ceux d'absence ou d'aliénation. En effet, aucun doute n'existant sur la résidence du père ou de la mère éloigné, il est possible, d'une part, de l'informer sur le projet de mariage et, d'autre part, quelles que soient les difficultés pratiques que puisse éprouver cette personne à faire connaître son avis sur le projet, on ne peut pas dire qu'elle est dans « l'impossibilité de manifester sa volonté ». Dans l'esprit du texte, il s'agit d'une impossibilité subjective, absolue, se rapportant à l'impuissance où elle se trouve d'extérioriser une impression quelconque au sujet de l'union projetée, soit parce qu'elle l'ignore, soit parce que son état l'en empêche. Mais l'article 159 ne se réfère pas à la plus ou moins grande difficulté avec laquelle le sentiment du parent consulté parviendra à l'intéressé.

1. Cour de Pau, — D. P. 74.— 2. 134.

Nous pensons donc que, lors du simple éloignement, cet article est inapplicable. Il sera par suite nécessaire de demander le consentement des père et mère, comme sous l'empire de l'article 148.

Cet avis est corroboré par ce fait que la loi exige, pour preuve de l'impossibilité prévue à l'article 149, sa justification dans certaines formes authentiques.

Aucune référence de ce genre ne peut être rapportée sous l'hypothèse d'éloignement.

L'impossibilité de consentir trouve sa source en second lieu dans une cause morale : l'aliénation mentale.

Peu importe d'ailleurs que l'aliéné soit interdit, interné ou ne soit ni l'un ni l'autre : son dérangement cérébral suffit, et les différences ne se révèlent suivant les catégories d'aliénation que par la diversité des preuves qui doivent en être fournies.

Dans ces trois hypothèses (mort, absence et aliénation), il suffit du consentement de celui des parents qui peut le donner. Peu importe qu'il soit tuteur ou non du mineur, c'est à sa qualité de parent qu'il doit de conserver son droit ; et ce droit lui reste acquis, même s'il contracte un nouveau mariage. En vain, objectera-t-on, avec Delvincourt, que la mère remariée qui n'a pas conservé la tutelle, ne peut autoriser l'enfant à disposer de ses biens ; qu'il y aurait illogisme à lui permettre de consentir à un mariage qui comporte implicitement cette autorisation, en vertu de l'adage : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* : « l'ascendant con-

sentant n'autorise pas, en réalité, le mineur à opérer des aliénations par contrat de mariage. C'est le mineur qui consent lui-même ces aliénations : lui seul est en scène et contracte. Certes, la loi exige qu'il soit assisté de la personne qui consent à son mariage, mais dès que cette assistance se produit, le mineur est capable de faire ses conventions matrimoniales comme s'il était majeur, sa capacité est plutôt l'effet de la loi que la conséquence du consentement de l'ascendant » (1).

Parent il est, parent il reste, en dépit de tout nouveau mariage ; et, tant qu'il est vivant et investi de ses droits, il ne s'opère aucune dévolution en faveur des autres ascendants. C'est dire que le droit de donner ou de refuser le consentement appartient à l'ascendant, par le seul fait du lien naturel qui l'unit à l'enfant, et que, sauf impossibilité ou déchéance, il n'appartient qu'à lui seul : la meilleure preuve en est que l'enfant adopté n'a aucune sollicitation à adresser à ses parents adoptifs, alors que son obligation reste entière vis-à-vis de ses parents naturels.

Aux termes de l'article 153, il faut assimiler à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'ascendant subissant la peine de la relégation ou maintenu aux colonies en conformité de l'article 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés, sauf faculté pour l'enfant de solliciter et de pro-

1. Frank Bernard, *op. cit.*

duire à l'officier de l'état civil le consentement donné par cet ascendant.

Enfin la déchéance de la puissance paternelle établie par la loi du 24 juillet 1889 a pour effet de priver le père ou la mère contre qui elle a été prononcée, de son droit de consentement. Ainsi l'interdiction légale qui, par elle-même, n'a pas cet effet, ne l'acquiert que par la condamnation accessoire à la déchéance paternelle.

*c) Les parents sont tous deux morts
ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté*

Dans ce cas, la dévolution du droit d'autoriser le mariage s'opère au profit des ascendants. Aucune question ne se présente ; le Code a clairement réglé le fonctionnement de leurs pouvoirs :

« ART. 150. — Si le père et la mère sont morts ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. — S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement. »

Un point d'interrogation se pose seulement sur la question suivante :

Qu'arrive-t-il si l'enfant a encore dans une même

ligne : 1° deux bisaïeuls, ou 2° deux bisaïeules, ou 3° un bisaïeul et une bisaïeule, non conjoints ?

Il faut supposer que l'enfant a perdu ses parents et ses grands-parents dans la ligne maternelle, mais que les aïeuls et aïeules paternels et maternels de son père (ou quelques-uns d'entre eux) qui sont ses bisaïeuls paternels à lui, enfant, sont vivants et appelés à consentir au mariage. L'hypothèse est sans doute rare, mais non irréalisable.

On doit solutionner la question, semble-t-il, par voie d'analogie : « Les deux branches d'une même ligne sont vis-à-vis l'une de l'autre ce que sont entre elles les deux lignes : par conséquent le dissentiment entre ces deux branches devra emporter consentement de la ligne à laquelle elles appartiennent (1). »

Donc, dans chaque branche, l'avis de l'ascendant prévaudra sur celui de l'ascendante, et s'il y a partage entre deux branches, il suffira du consentement de celui qui représente cette branche pour emporter consentement de toute la ligne.

B. — Enfants naturels légalement reconnus

Dans l'hypothèse où nous sommes de parents existants, ce sont les seuls dont la loi de 1907 ait eu à s'occuper : les enfants naturels « non reconnus » sont soumis

1. Marcadé, *op. cit.*, t. I., p. 419.

aux dispositions spéciales de l'article 159 puisqu'ils sont légalement dans la situation d'enfants n'ayant point de parents. Et le sort des enfants « assistés » est réglé par la loi du 24 juillet 1889, à laquelle nous avons fait allusion plus haut.

Dans son esprit la loi du 21 juin 1907 devait participer au mouvement législatif qui tend depuis la fin du siècle dernier à améliorer le sort de l'enfant naturel, simple ou adultérin (1).

Les lois du 25 mars 1896, du 2 juillet 1907, et du 7 novembre 1907 intéressent le droit de successibilité et de tutelle de l'un, la reconnaissance de l'autre ; celle du 21 juin 1907 se proposait de faciliter le mariage de l'enfant naturel simple. — On peut dire immédiatement que son but n'a pas été atteint.

Les articles 13 et 14 de la loi, qui ont modifié les articles 158 et 159 du Code civil sont d'un illogisme égal ; ils ne diffèrent que par la gravité de leurs conséquences. Envisageons d'abord l'article 158, seul applicable à l'hypothèse où nous sommes.

Il est ainsi formulé :

Art. 158. — « Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152,

1. Il est intéressant de rappeler, pour faire valoir la différence de mentalités de deux époques, l'opinion de Montesquieu sur ce sujet :

« Dans les Républiques où il est nécessaire que les mœurs soient pures, les bâtards doivent être plus flétris que dans les monarchies. » (*Esprit des Loix*, Liv. 23, ch. VI).

153, 154 et 155 sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus. »

1° Dans sa forme, la construction grammaticale de l'article elle-même est imparfaite, par la répétition du mot : « dispositions » ; à quoi le doit-on ?

L'explication en est la suivante : l'ancien article 158 était ainsi conçu :

« Les dispositions contenues aux articles 148 et 149 et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus. »

A sa lecture, on pensera que la répétition incriminée de la loi de 1907 se trouvait aussi dans celle de 1804 ; mais il faut apprécier que si les auteurs du Code se sont arrêtés à cette rédaction, c'est de propos délibéré ; ils l'ont fait dans la pensée de statuer de la même façon, mais distributivement, pour deux séries d'articles concernant deux ordres d'idées bien indépendants, les deux premiers, 148 et 149 intéressant la majorité matrimoniale et le consentement des parents, les cinq autres « relatifs à l'acte respectueux ».

C'est dans le membre de phrase : « relatives à... » qu'est la raison d'être de la tautologie de l'article 158.

Dira-t-on que c'est aussi à dessein si, ce motif disparu, la formule est restée la même, amputée seulement de sa partie finale ?

Il apparaît plus vraisemblablement que le législateur

de 1907, dans sa hâte à faire disparaître toute trace de l'acte respectueux, a biffé d'un trait de plume la partie de l'article 158 qui s'y rapportait. L'autre est restée incorrecte et mériterait une revision.

2° En ce qui concerne le fond, la nouvelle rédaction de l'article entraîne des conséquences plus importantes :

a) Si on revient, comme il a été fait ci-dessus, au texte de l'ancien article 158, on en déduit que sous l'empire du Code, les dispositions concernant la majorité matrimoniale des enfants légitimes, s'appliquaient aux enfants naturels reconnus, et que, spécialement « en cas de dissentiment, le consentement du père suffisait ».

Cette conséquence était logique. C'était l'observation normale de l'article 383, qui dotait le père, dans la famille naturelle, de la plupart des attributions de puissance paternelle, à lui dévolues dans la famille légitime.

On pouvait donc dire à ce moment que, en cas de dissentiment sur la question matrimoniale, « le consentement du père suffisait ».

Or, depuis le 21 juin 1907, la législation sur la famille naturelle a été complètement bouleversée, tandis que l'article 158 modifié par cette loi, disposait pour son ancienne organisation. De là, une contradiction d'autant plus dangereuse que le jeu des articles, maintenant contraires, n'est, en apparence, aucunement gêné par

l'incompatibilité des deux textes des articles 158 et 383 nouveaux.

Cette incompatibilité s'explique par un détail de l'organisation parlementaire sur lequel une courte explication, en apparence digressive, est nécessaire :

L'examen des projets et propositions de loi se fait de manières différentes à la Chambre des députés et au Sénat. Tandis que, dans la première assemblée, est constituée une Commission permanente, composée d'une trentaine de membres, dite « Commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle » chargée de faire un rapport sur les propositions législatives qui lui sont soumises, la même fonction est remplie au Sénat par un certain nombre de Commissions temporaires formées de membres moins nombreux, et nommées spécialement pour examiner chaque projet ou proposition déposés sur le bureau de l'Assemblée.

Il en résulte qu'à la Chambre des députés, toutes les manifestations d'initiative législative sont nécessairement connues de la Commission, qui peut, au besoin, les coordonner.

Au Sénat, au contraire, chacune des Commissions, ayant une existence et une attribution particulières, se trouve isolée de ses voisines dont les travaux peuvent ne pas s'accorder avec les siens propres.

Ceci connu, une Commission temporaire du Sénat élaborait, au moment de la confection de la loi sur le

mariage, une réforme sur la protection et la tutelle des enfants naturels.

Elle se trouvait, à cause de ce que nous venons d'expliquer, complètement étrangère à l'étude des nouvelles conditions du mariage, de telle sorte que les deux œuvres de préparation législative se poursuivirent parallèlement, sans prendre aucun contact entre elles, pour aboutir aux deux lois du 21 juin 1907 « modifiant plusieurs dispositions légales relatives au mariage », et du 2 juillet 1907 « sur la tutelle des enfants naturels ».

Le résultat s'en est fait sentir, et il ressort de la simple lecture des textes.

En effet, l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1907, est ainsi conçu :

« La puissance paternelle sur les enfants naturels légalement reconnus est exercée par celui de leurs père et mère qui les aura reconnus le premier. »

... entrant ainsi en contradiction avec l'article 158 du Code, dont la modification perpétue ce principe : que la puissance paternelle appartient normalement au père dans la famille naturelle, comme dans la famille légitime ; et qu'en conséquence, quand l'enfant sollicite l'autorisation de ses parents naturels qui l'ont tous deux reconnu, « en cas de dissentiment, le consentement du père suffit ».

L'antagonisme est évident.

En attendant les décisions judiciaires, on peut prévoir l'espèce sur laquelle les tribunaux auront à se pro-

noncer : Un enfant naturel est reconnu par sa mère, aussitôt sa naissance, et élevé par elle jusqu'à sa vingtième année. Le père s'est gardé de donner signe de vie, laissant toutes les charges de l'éducation à la mère. Celle-ci, conformément au nouvel article 383, aura exercé la puissance paternelle avec les devoirs et les droits quelle comporte, notamment l'administration et la jouissance légales des biens de l'enfant. Le père, ayant eu connaissance d'un projet de mariage que son enfant désire contracter quelques mois avant sa majorité s'empressera de le reconnaître. Cette reconnaissance, que rien ne peut empêcher, ne sera pour lui la source d'aucune charge, d'aucuns frais, puisque l'enfant, maintenant arrivé à l'âge de s'établir pourra se suffire par ses propres moyens.

En revanche la loi sera pour le père une arme sérieuse; grâce à la combinaison des articles 148 et 383. Il pourra d'abord, dans un simple esprit de malice, vis-à-vis de la mère de son fils, et pour venger les griefs plus ou moins justifiés, qui ne font jamais défaut entre anciens concubins, s'opposer à l'union d'un enfant qui l'ignorait la veille encore ; il pourra empêcher, par pure mauvaise volonté, un mariage approuvé par la mère, comme devant faire le bonheur et assurer l'avenir de l'enfant.

Bien plus il disposera d'un parfait instrument de chantage : le Code en main, il vendra son consentement sans aucune mesure et sans aucun recours.

Fort de son droit il formulera un veto sans appel,

auquel se heurteront inutilement les protestations de la mère dépouillée de ses droits.

Il pourra, en sens contraire, intervenir pour imposer en vertu de l'article 158, un mariage mal assorti, désiré par l'enfant, et repoussé par la mère, que son exercice continu de la puissance paternelle aurait rendue apte, mieux que personne, à donner un sage avis.

Telles sont les conséquences auxquelles aboutit la combinaison des articles 158 et 383.

Il serait plus exact de dire qu'elle y aboutirait.

Car, bien que deux dispositions législatives, promulguées à des dates aussi rapprochées, issues de la même inspiration philosophique, et se proposant socialement le même but, eussent dû aboutir à des résultats concordants, on se trouve forcé de conclure, dans le cas qui nous occupe, à leur incompatibilité absolue.

C'est la solution normale et conforme aux principes, de la situation créée par ces deux nouveaux articles du Code.

Et c'est, du reste, la seule qui permette d'éviter une contradiction impossible au point de vue juridique, en même temps que des applications pratiques absolument inadmissibles.

Il faut donc réputer non écrit en l'article 158 le renvoi à l'article 148, qui concerne les enfants naturels, en notant pour sa rareté ce cas d'abrogation tacite d'une œuvre législative par une autre, la suivant à un si court intervalle de temps.

b) Si bizarre que puisse paraître ce cas d'abrogation, l'énumération inconsidérée de l'article 158 présente, comme on va le voir, encore ceci de particulier que l'interprète doit y considérer comme non existante la référence à l'article 152.

Que dispose en effet cet article ?

Il concerne, on l'a vu, le cas des parents divorcés ou séparés de corps, dont le dissentiment se produit sur un projet de mariage à eux soumis, et organise dans certaines conditions un recours à justice.

On se demande comment cette hypothèse pourrait être « applicable aux enfants naturels légalement reconnus » !

Si les parents sont, comme le prévoit l'article, divorcés ou séparés de corps, les enfants sont nés du mariage et légitimes ; ou nés avant le mariage, et légitimés : leur situation dans les deux cas est la même et la désignation « d'enfants naturels légalement reconnus » leur est étrangère.

Il faut renoncer à y trouver une application.

L'explication de ce renvoi injustifié se trouve dans une erreur de rédaction, dont la faute ne revient pas, tout au moins dans le principe, au législateur de 1907, qui s'est contenté de la perpétuer ; c'est à celui de 1896 qu'il faut l'imputer.

Lors de la confection de la loi du 20 juin 1896 sur la simplification des formalités du mariage, les auteurs se trouvèrent en présence de deux articles :

L'article 152 (1) et l'article 158 (2), dont la rédaction datait du Code, le second renvoyant au premier qui traitait des actes respectueux. La loi de 1896 établit un nouvel article 152, d'objet tout différent (3) et omit de mettre à jour l'article 158 connexe, qui contenait dès lors un renvoi erroné.

Il eût été souhaitable que la loi de 1907 relevât cette imperfection.

Elle l'a malheureusement laissé subsister.

II. — ASCENDANTS DÉCÉDÉS OU DANS L'IMPOSSIBILITÉ DE MANIFESTER LEUR VOLONTÉ

A. — Enfants légitimes

Article 160. — La situation, des enfants légitimes mineurs quant au mariage dont les père, mère, aïeuls et aïeules ne peuvent, pour une cause ou pour une autre,

1. ART. 152 ancien. — « Depuis la majorité fixée par l'article 148 jusqu'à l'âge de trente ans accomplis, pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent et sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage sera renouvelé deux autres fois de mois en mois ; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage. »

2. ART. 158 ancien. — « Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155 relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus. »

3. ART. 152 (modifié en 1896). — « S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux, au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant, suffira. »

manifestent leur volonté, n'a pas été modifiée par la loi de 1907 (1). Il n'y a pas pour eux de « nouvelles conditions du mariage ». Ils sont et restent obligés de demander le consentement du conseil de famille, sauf à recourir au tribunal, conformément à la jurisprudence (2), quand le refus qui leur est opposé n'émane pas de l'unanimité de ses membres. Et spécialement quant aux garçons, ils sont les seuls à ne trouver aucun avantage dans le récent abaissement de la majorité matrimoniale puisqu'ils jouissaient auparavant d'un état de fait qui y correspondait, et que l'un des plus puissants facteurs de la réforme a été leur exemple.

L'article 150 décide en effet que les mineurs dans la situation étudiée « ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille ». Or, le conseil de famille n'est constitué que jusqu'à l'âge de la majorité ordinaire ; ces mineurs se trouvaient et se trouvent donc encore dans un état de complète indépendance dès l'âge de vingt et un ans. Nous avons vu que cette considération a été d'un grand secours pour les partisans de la fixation de la majorité matrimoniale unique à vingt et un ans.

1. ART. 160. — « S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille. »

2. Trib. Seine, 6 août 1869. S. 70. 2. 189. — Trib. de Roanne. 27 août 1874. *Journal des Notaires*, art. 21059. — Bruxelles, 2 juin 1890. *Pasicrisie belge*, 1890. 2. 363.

Nous ne dirons donc rien de plus de cette hypothèse, qui n'a aucun caractère de nouveauté.

B. — Enfants naturels

Article 159. — Il n'en est pas de même de l'enfant naturel.

La loi de 1907 a substitué, en ce qui le concerne, au tuteur *ad hoc* le conseil de famille.

Cette substitution n'a d'ailleurs été faite qu'accessoirement. L'article 159 n'avait été l'objet d'aucune critique, tant lors du vote de la Chambre des Députés que de la première discussion au Sénat.

C'est seulement dans son rapport supplémentaire que M. Catalogne, sénateur, rapporteur de la loi, remarqua quelles différences existaient entre les enfants mineurs dont les parents sont morts ou dans l'impossibilité de consentir, et les enfants naturels mineurs, reconnus ou non, se trouvant dans une situation analogue.

Alors, en effet, que les premiers devaient demander le consentement de leur conseil de famille, les seconds avaient à faire la même démarche auprès d'un tuteur *ad hoc* spécialement nommé à cet effet ; en conséquence la diversité des mentions dans l'acte de mariage était de nature à porter préjudice aux enfants naturels ; on se rendit compte de la nécessité d'y remédier.

En réalité, ce motif égalitaire, uniquement invoqué dans les travaux préparatoires, n'était pas le seul ; il ne

s'appliquait qu'à un petit côté de la question, et deux autres raisons militaient en faveur de cette réforme.

C'était d'abord le caractère irrationnel de la qualité des consentements ; il y avait un grave illogisme à ce que la même formalité fût remplie dans des circonstances identiques par des agents divers : pour les uns par une personnalité unique à ce spécialement affectée, le tuteur *ad hoc* ; pour les autres, par un groupe chargé en permanence des intérêts du mineur, dont chaque membre ne prend qu'une part minime de responsabilité, et dont les décisions ont presque un caractère d'anonymat : le conseil de famille.

Sans doute, on plaidait en faveur de l'un et l'autre système ; en faveur du conseil de famille on prétendait que résidait en lui la puissance tutélaire, dont le tuteur n'était qu'un agent d'exécution (Planiol, III, 25), que c'était en conséquence à lui de remplacer les parents décédés. Au profit du tuteur *ad hoc*, on faisait valoir que « toute responsabilité collective est en réalité l'absence de responsabilités » (même auteur, *ibid*). Les deux théories se soutenaient avec des arguments d'une égale valeur. A notre avis, une alternative s'imposait.

En second lieu, et surtout il fallait sortir de l'indécision dans laquelle on se trouvait au sujet du mode de nomination du tuteur *ad hoc* : le plus généralement le soin de le désigner était reconnu incomber au conseil de famille de l'enfant naturel. En revanche plusieurs auteurs avaient émis cet avis que le choix par le tribu-

nal de 1^{re} instance serait préférable à celui de cette « assemblée d'indifférents » (Planiol, III, 26) que constitue le conseil de famille d'un enfant naturel.

Mais les tribunaux, auxquels aucun texte ne conférerait cette mission, se gardaient bien en fait d'en assumer les responsabilités.

Néanmoins, l'opinion de la doctrine restait flottante et une décision législative était nécessaire.

Depuis le 24 juin 1907, nous la possédons dans le nouvel article 159 (1).

Au premier abord, cet article semble faire disparaître l'ancienne anomalie et établir l'identité de traitement entre les mineurs légitimes et naturels.

Quant au second point, ce n'est qu'une apparence, et, en réalité, l'article 159 a eu, par un concours de circonstances bizarres, une portée tout autre que celle qu'on lui attribuait, et absolument imprévue.

Pendant que s'élaborait la loi sur les nouvelles conditions du mariage se répétait le fâcheux résultat de l'indépendance des commissions au Sénat, que nous avons constaté à propos de l'article 158.

Et tandis qu'une loi, celle du 24 juin 1907, décidait que « l'enfant naturel... ne pourra se marier qu'après

1. « Art. 159. — L'enfant naturel qui n'a point été reconnu et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de 21 ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement du conseil de famille. »

avoir obtenu le consentement du conseil de famille » l'autre, celle du 2 juillet 1907 sur la protection et la tutelle des enfants naturels, disposait que : « Les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes sont remplies, à l'égard des enfants naturels, par le tribunal de 1^{re} instance. »

Voilà donc, par une inadvertance législative, le tribunal de 1^{re} instance statuant en Chambre du Conseil sur une demande de consentement portée devant lui par un enfant naturel non reconnu, mineur de vingt et un ans.

Les conséquences n'en semblent pas choquantes. Il apparait même que le résultat atteint soit bon puisqu'on aura substitué à l'assemblée d'indifférents, que constitue le conseil de famille d'un enfant naturel, des magistrats éclairés et capables de prendre en main avec leur expérience des affaires les intérêts du mineur.

Apprécions la réforme dans son application normale.

Si on le fait avec l'esprit dont le législateur était vraisemblablement animé, c'est-à dire en souhaitant favoriser l'enfant naturel, cette application est désastreuse. C'est malheureusement le mot qui convient pour envisager la situation nouvelle qui lui est faite.

1^o Remarquons d'abord que l'assimilation entre les enfants naturels et légitimes, dans le principe, n'était pas complète. On pourrait presque dire qu'elle était illusoire.

L'article 409 du Code civil ne prévoit le cas d'un conseil composé d'amis que si les parents, ou alliés, se trouvent en nombre insuffisant sur les lieux. Or, le conseil de famille de l'enfant naturel n'est presque jamais composé autrement : il n'y avait donc pas à faire de rapprochement nécessaire entre les deux situations.

Dans la pratique, les conséquences de la loi seront beaucoup plus graves.

2° On a vu comment le tribunal civil s'est trouvé substitué automatiquement au conseil de famille : pécuniairement, l'effet en est bien imprévu. Si on évalue le coût de la délibération du conseil de famille qui devait primitivement servir de puissance tutélaire à l'enfant, on peut presque le quadrupler pour apprécier les frais qu'occasionnera le jugement rendu nécessaire, par la combinaison des articles 159 et 389 du Code civil.

En effet, pour formuler en chiffres cette affirmation :

Enfant légitime, non orphelin : Frais de consentement nuls.

Enfant légitime, orphelin : Coût de la délibération du conseil de famille, 25 francs.

Enfant naturel, non reconnu : Coût du jugement, 90 francs.

N'est-il pas curieux de relever cette simple constatation, au moment où tous les efforts du législateur tendent, à tort ou à raison, à améliorer la condition du « bâtard » ?

3° Enfin, qu'arrivera-t-il quand la demande de consentement de l'enfant naturel, après tous les retards, lenteurs et complications qu'éprouve tout plaideur devant les tribunaux civils, arrivera en ordre utile au moment des vacances judiciaires.

Devra-t-il attendre, pour convoler, la fin de ces vacances ? Il vaut mieux profiter du silence de la loi pour classer la demande de consentement parmi les affaires requérant célérité et juger que, comme telles, elle sera soumise à la Chambre des vacations.

Comme le fait observer M. Raoul Péret, rapporteur de la loi à la Chambre des députés, il aurait été bien préférable d'éviter tous ces inconvénients « en confiant au juge de paix lui-même le soin de consentir au mariage de l'enfant naturel, ce qu'il aurait pu faire en connaissance de cause, et fort utilement, après s'être entouré lui-même de tous renseignements sur les garanties de bonheur que pourrait présenter pour les futurs l'union projetée » (1).

Partisan résolu de l'intervention du juge de paix en matière matrimoniale, nous constatons, une fois de plus, combien les qualités de célérité et de modicité de sa juridiction eussent été précieuses, pour autoriser le mariage de l'enfant naturel.

4° *A quels enfants naturels s'applique l'article 159 ?* —

Aux enfants naturels simples, bien entendu, à cette seule condition qu'ils n'aient point été reconnus, ou

1. Raoul Péret et Rondelet, *op.*, *cit.*, p. 25.

qu'après l'avoir été, ils aient perdu leurs père et mère.

Il concerne de plus les enfants naturels simples admis dans les hospices, à moins que l'exercice de la puissance paternelle ait été confié à ces hospices, conformément à l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889.

Enfin, *quid* des enfants adultérins ?

Sauf dans les hypothèses admises par la loi du 7 novembre 1907 où ces enfants sont légitimés, il semble impossible de conférer à leurs parents, la filiation fût-elle légalement établie, les droits résultant de l'article 158 du Code civil.

En conséquence dans tous ces cas, nous reconnaitrons l'article 159 comme applicable et le tribunal civil comme compétent.

III. — SANCTION

Article 156. — A toute règle doit correspondre une sanction ; celle instituée par le Code pour assurer l'observation de ses dispositions relatives au consentement des parents est double, civile et pénale.

Civile d'abord ; c'est la demande en nullité de l'article 182. La loi y énumère les personnes qui peuvent agir contre le mariage, sujet à annulabilité.

La loi de 1907 a laissé de côté cette première sanction. Nous l'imiterons.

Un système de pénalités organisé par le Code complétait la nullité ; il ne frappait plus le mariage, mais celui

qui l'avait célébré, l'officier de l'état civil. Il était édicté par deux textes, prévoyant deux délits et prononçant deux peines.

L'article 156 du Code civil frappait d'une amende de 300 francs au maximum, et, en outre, d'un emprisonnement d'au moins six mois l'officier de l'état civil qui avait procédé à la célébration de l'union de mineurs quant au mariage, sans *énoncer* dans l'acte le consentement de qui de droit.

Il frappait donc une omission de forme, la non-énonciation d'une formalité essentielle (1).

Le Code pénal, dans son article 193 (2) punit un délit beaucoup plus grave :

L'officier de l'état civil non seulement n'a pas *mentionné* un consentement dont il est certain, mais il a *négligé*, par oubli ou par intention, *de s'assurer de ce consentement*.

1. Art. 156 ancien Code civil. — Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis ou par des filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, sans que le consentement des père et mère, celui des aïeuls et aïeules et celui de la famille dans le cas où ils sont requis, soient *énoncés dans l'acte* de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées et du procureur du roi près le tribunal de 1^{re} instance du lieu où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'article 192, et en outre à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois,

2. Art. 193 Code pénal. — Lorsque, pour la validité d'un mariage, la loi prescrit le consentement des père, mère, ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera point assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de 16 francs à 300 francs et d'un emprisonnement de six mois au moins et de un an au plus.

Il est puni d'une amende de 16 à 300 francs et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus.

Il est visible que le système des Codes n'avait aucune incohérence ; à deux délits correspondait deux peines qui ne se confondaient ni ne s'excluaient,

Néanmoins, quand il fut question de modifier les conditions du mariage, la nécessité apparut d'en envisager le corollaire pénal.

Aucune proportionnalité n'existait entre ces pénalités.

L'emprisonnement de l'article 156 du Code civil était toujours fixé à six mois, puisque le minimum indiqué était de cette durée, et constituait en même temps un maximum, puisque prononcer une peine plus forte, non inscrite dans la loi, eût été un acte illégal.

L'impossibilité de régler la pénalité sur la faute, la différence trop minime des peines, en comparaison de l'inégalité des délits qu'elles réprimaient, constituaient des points faibles contre lesquels l'attaque était facile.

La proposition de loi de M. l'abbé Lemire contenait la suppression pure et simple des articles 166 et 157, comme des articles 151, 152, 153, 154 et 155.

Cette exécution en masse, soutenue par le rapport de M. Déribéré-Desgardes, fut votée d'emblée par la Chambre.

Le rapporteur au Sénat, M. Catalogne, ne conclut pas dans ce sens et, recherchant une solution moins radicale préconisa au nom de la commission, l'atténua-

tion, mais le maintien des pénalités de l'article 156 du Code civil.

C'était un sage parti, bien qu'on ne pût prétendre que ces dispositions « constituaient la seule sanction légale en cas de violation des articles 151 et 154, et même des articles 148 et suivants du Code civil, si la nullité du mariage n'est pas poursuivie par ceux dont le consentement eût dû être requis ; « les dispositions de l'article 193 du Code pénal restaient en effet intactes et continuaient à assurer la punition d'un oubli volontaire des articles 148 et suivants du Code civil. » Le motif est autre : il est d'abord certain que des pénalités assurent par avance la parfaite régularité des actes de l'état civil ; ensuite, de même que l'article 192 du Code pénal est la vraie sanction des articles 147 et suivants du Code civil, l'article 156 du Code civil est celle de l'article 76-4°, qui ordonne la mention dans l'acte du mariage du consentement des parents. Et à ce seul titre, il fallait la conserver.

Le Sénat a donc adopté un article 156 passé dans la loi, qui supprime l'emprisonnement et consacre l'ancienne amende.

Quelle est l'étendue de cette amende ?

Son maximum est bien égal à 300 francs, mais le minimum n'en est pas légalement fixé ; quoi qu'en aient dit MM. Péret et Rondelet (1), nous estimons que

1. Péret et Rondelet, *op. cit.*, p. 15.

le minimum ne peut être de un franc. Sans doute l'article 192 auquel renvoie l'article 156 ne le détermine pas. Mais pourquoi cette somme arbitraire ?

Pour raisonner logiquement, il faut se demander quelle est la nature de la poursuite de l'article 156. Elle est évidemment correctionnelle. En effet, bien que conformément à un arrêt de la Cour de Paris du 6 décembre 1899 (1), on doit dire que le délai prévu à l'article 156 est de la compétence du tribunal civil par analogie avec le cas prévu à l'article 50 du Code civil (irrégularités dans les registres de l'état civil), il faut reconnaître que ce tribunal ne statuera pas civilement ; il prononcera la sanction pénale d'un délit ; il aura une compétence correctionnelle : or, en matière correctionnelle, le minimum de l'amende est fixée à 16 francs. Nous concluons donc avec raison, à une étendue pour cette peine de 16 à 300 francs.

A quelles requête, poursuite et diligence, l'action pourra-t-elle s'engager ?

La loi de 1907 s'est contentée de répéter après le Code « les intéressés ou le procureur de la République ».

On pourrait comprendre ces mots restrictivement eu égard au contexte : la loi suppose, en effet, le mariage célébré « sans que le consentement des père et mère, aïeuls et aïeules et celui du conseil de famille... aient été énoncés ». Nous en donnerons une conclusion moins restrictive : car, borner la liste des personnes pourvues

1. D. 1900. — 2. 327.

de l'action à l'énumération de l'article 156, serait en priver autrefois le tuteur *ad hoc*, et actuellement le tribunal chargé d'autoriser le mariage de l'enfant naturel : cette déduction nous semble impossible, et il nous apparaît comme juridique d'expliquer : « les intéressés », par « tous ceux qui ont intérêt ».

Enfin il faut faire deux remarques de détail :

D'abord les mots « de la famille » ont été remplacés par ceux de « du conseil de famille » sur amendement de M. Dufoussat ; cette légère retouche donne un peu plus de précision à l'article, qui en manque.

Quant à la copulative « ou » qui a été mise à la place de la conjonction « et » (à la diligence des parties intéressées *ou* du procureur de la République) elle ne laisse place désormais à aucune équivoque sur la possibilité pour l'action publique de s'exercer indépendamment de l'action privée.

Par l'effet de ce changement de texte, se trouve définitivement contredit l'avis du Conseil d'Etat du 31 juillet 1806, aux termes duquel « le ministère public ne devra exercer de poursuites contre les officiers de l'état civil pour irrégularités, négligences ou contraventions dans la tenue des registres qu'à la suite de plaintes formelles des intéressés et après avoir demandé l'avis du garde des sceaux » (1).

1. Circulaire P. G. 10 septembre 1806, L. Munsch. *Répertoire Général des instructions de circulaires du ministère de la Justice*, p. 260 ; n° 628.

CHAPITRE II

Majorité matrimoniale

Article 151. — L'étude a été faite des innovations apportées à la législation des enfants légitimes et naturels dans les diverses situations de famille où ils peuvent se trouver, et vis-à-vis des divers représentants de la puissance qui restreint leur liberté en matière de mariage.

Il y a lieu d'envisager maintenant quelle est la réglementation actuelle de la seconde phase de la vie matrimoniale de la majorité.

1° Pour apprécier la loi de 1907, but principal de notre travail, il est nécessaire de rappeler succinctement ses précédents immédiats en ce qui concerne spécialement cette situation des majeurs en face du mariage d'une part, et d'autre part, de l'autorité familiale.

Le Code avait, dans son article 151, consacré ce principe que les « enfants de famille », eussent-ils passé

l'âge de la majorité matrimoniale, doivent avant de contracter mariage, demander « conseil » à leurs ascendants. Quels ascendants ?

« Ceux sans le consentement desquels, s'ils avaient été mineurs, ils n'auraient pu convoler en justes noces, » et la loi a pris soin d'en faire l'énumération ;

« Les enfants de famille ayant atteint la majorité... sont tenus... de demander conseil de leur père et de leur mère ou celui de leurs aïeuls et aïeules lorsque leurs père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. »

Donc, tous les ascendants, dans l'ordre et les conditions où ils sont appelés à consentir au mariage d'un mineur, doivent être l'objet d'une demande de conseil de la part du descendant majeur ; mais, eux décédés ou dans l'impossibilité d'exprimer leur volonté, aucune obligation ne pèse plus sur le futur époux vis-à-vis des agents subsidiaires de la puissance familiale, quels qu'ils soient.

Mais un avis défavorable sur la demande de conseil, n'équivaut pas à une fin de non-recevoir, ruinant le projet d'union ; le Code a institué une procédure, renouvelée d'ailleurs de la loi de 1792, grâce à laquelle le descendant peut passer outre à la volonté de son ascendant : c'est « l'acte respectueux » qui portait à son origine le nom de « sommation respectueuse ». Obéissant à un louable souci de la forme, le législateur de 1804 trouva utile d'en changer le nom.

Quoi qu'il en soit, cet acte consistait alors en une notification, faite par deux notaires, ou un notaire assisté de deux témoins, et renouvelée deux autres fois de mois en mois jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils et jusqu'à celui de vingt-cinq ans pour les filles, à l'ascendant, ou aux ascendants dont le conseil était requis (1). A partir de cet âge le nombre des actes respectueux était réduit à un seul ; un mois après cet acte, ou après le troisième, dans l'autre cas, le mariage pouvait être célébré sur la justification que les exigences légales avaient été satisfaites.

La complication et le caractère onéreux de cette procédure matrimoniale prêtaient le flanc à la critique : En 1888 (2 juillet) un député du Nord, M. Félix Le Roy déposa sur le bureau de la Chambre une proposition de loi modifiant à la fois les articles 151 et suivants du Code civil, et la loi du 10 décembre 1850 relative au mariage des indigents ; elle portait suppression de la

1. ART. 151. — Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148 sont tenus avant de contracter mariage, de demander par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leurs père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

ART. 152. — Depuis la majorité fixée par l'article 148 jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage sera renouvelé deux autres fois, de mois en mois ; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage.

ART. 154. — L'acte respectueux sera notifié à celui ou ceux des ascendants désignés en l'article 151 par deux notaires, et dans le procès-verbal qui doit en être dressé, il sera fait mention de la réponse,

demande de conseil aux aïeuls et aïeules, réduction à un seul du nombre des actes respectueux dans tous les cas, simplification des formalités de consentement au mariage des indigents, et gratuité pour ces derniers du timbre et de l'enregistrement dans le cas où ils sont requis.

Cette proposition fut suivie d'un rapport favorable, quoique y apportant de légères retouches, qui fut déposé le 16 mars 1889 ; mais subissant le sort de bien d'autres projets de lois qui semblent destinés à tirer en longueur, la proposition Le Roy ne fut pas discutée avant la fin de la législature.

Elle fut reprise par une commission de douze députés à la tête de laquelle était M. Thellier de Poncheville ; le dépôt en eut lieu le 7 décembre 1889 (1), et les auteurs, à la suite d'un court exposé des motifs et du texte de leur proposition, jugèrent bon de joindre, comme annexes, la proposition Le Roy, son exposé des motifs et le rapport qui fut présenté à son sujet. Cette proposition réduisait à un seul dans tous les cas les actes respectueux, mais conservait l'obligation de les adresser aux aïeuls et aïeules (2).

1. V. doc. parl. de la Chambre. Annexe, n° 484, p. 519.

2. Nous rappelons à titre documentaire, le texte de cette proposition de loi ;

« ARTICLE PREMIER. — L'article 151 du Code civil est ainsi modifié :

« Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148 sont tenus avant de contracter mariage de demander par un acte respectueux et formel le conseil de leurs père et mère ou celui de leurs aïeuls

Cette tentative de simplification échoua. Ce fut M. l'abbé Lemire qui la renouvela par la proposition qui devait aboutir à la loi du 20 juin 1896.

A vrai dire, ce ne fut pas l'esprit de cette proposition qui fut intégralement adopté ; car son auteur demandait la suppression de l'acte respectueux envers les aïeuls et aïeules. M. Charles Ferry, allant plus loin, proposa un amendement, repoussé par M. Bertrand, aux termes duquel l'acte respectueux était radicalement supprimé, et les majeurs quant au mariage avaient la capacité de se marier sans avoir à demander le conseil de personne.

Si l'amendement ne fut pas pris en considération, la proposition Lemire fut votée à la Chambre. Ce fut le Sénat qui, conservant la demande de conseil aux ascendants, donna à la loi de 1896 sa portée définitive.

Cette loi, outre certaines dispositions sur la procédure des demandes en mainlevée d'opposition et certaines modifications de grande importance sur les conditions de fond et de forme du consentement au mariage des mineurs (1) réglait dans son article 151 la situation des majeurs quant au mariage de la manière suivante :

Art. 151. — « Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148 sont tenus avant de contracter

et aïeules lorsque leurs père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Il pourra être, à défaut du consentement, sur l'acte respectueux passé outre un mois après à la célébration du mariage.

« ART. 2. — Les articles 152 et 153 du Code civil sont abrogés.

mariage de demander par acte respectueux et formel le conseil de leur père, de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leurs père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté — Il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux, passé outre un mois après, à la célébration du mariage ».

C'était la consécration des principes suivants :

Réduction à l'unité du nombre des actes respectueux, dans tous les cas.

Durée indéfinie de l'obligation à cette formalité.

Nécessité de notifier, dans les cas prévus, l'acte respectueux aux aïeuls et aïeules (ceci étant dit, une fois pour toutes, que les aïeuls et aïeules désignent globalement tous les ascendants autres que les père et mère).

Le commentaire en est ici superflu.

Il n'est meilleure manière de le faire que de connaître les griefs auxquels les articles 151 et 154 ont été en butte : on les trouve exposés dans la proposition Lemire et dans les discussions dont elle a été la source au Parlement. Nous voici donc arrivés à la loi de 1907.

2° Cette tentative de réforme de la puissance familiale avait deux buts :

D'une part, c'était la suppression totale de l'acte respectueux vis-à-vis des aïeuls et aïeules :

D'autre part, c'était la simplification des formalités à

1. Art. 73. 152. 153. 155. et 179. C. civ.

remplir par les majeurs vis-à-vis de leur père et mère.

Ces deux objectifs furent différemment atteints, il est nécessaire d'en scinder l'étude.

Suppression de la demande de conseil aux aïeuls.

Les promoteurs de la suppression de la demande de conseil aux ascendants n'ont guère qu'un argument ; il est vrai qu'il est bon et qu'il leur a suffi pour triompher : c'est celui qui affirme que cette formalité est purement superfétatoire, et de plus nuisible, par la complication qu'elle entraîne en raison de la disproportion existant entre le nombre des aïeuls à rechercher, et celui des aïeuls trouvés s'opposant au mariage. D'où cette conclusion que la demande de conseil constitue dans ces conditions une barrière inutile à la libre conclusion des unions matrimoniales,

La statistique vient froidement corroborer ces dires : pour qui ne tient compte que des chiffres, le tableau suivant les justifie péremptoirement :

A Lille, en 1889 :

Sur 3.306 mariés, 596 ont dû rechercher :

$$596 \times 4 = 2.384 \text{ aïeuls.}$$

30 aïeuls seulement ont été retrouvés.

1 seul acte respectueux a dû être notifié.

En Belgique, en l'année 1886 qui précéda la réforme proposée en France :

Sur 8.028 mariés, 1.630 ont dû rechercher :

$$1.630 \times 4 = 6.520 \text{ ascendants.}$$

59 seulement ont été retrouvés.

1 seul acte respectueux a été signifié.

Donc pour un cas unique où l'exigence de la loi présentait quelque utilité de principe, on avait imposé la recherche de 6.520 ascendants et la production de 6.441 actes de décès, de notoriété ou d'absence.

Ce rapprochement de chiffres aussi disparates semble, à bon droit, concluant. Mais il faut se garder de leur accorder créance trop vite ; la statistique, qui, de par son principe mathématique, semble ne devoir donner que des renseignements rigoureusement exacts, peut coopérer à la création d'illusions : sans doute le tableau que nous venons de voir n'a rien de mensonger par lui-même, mais il peut le devenir si l'on ne tient compte que de l'impression convaincante que produisent toujours les chiffres : tout n'est pas là ; il faut pour l'apprécier tenir compte de sa date ; et, concluant en 1890, il a cessé de l'être autant en 1907.

Pourquoi ?

Pour cette raison que la statistique fournit des preuves actuelles ; vraie aujourd'hui, son attestation sera fausse demain ; dans l'intervalle ont pu intervenir des événements qui ont tout modifié. C'est le cas ici.

En effet, la loi du 20 juin 1896 a inséré à l'article 155 avec un caractère *obligatoire* une disposition que le Conseil d'Etat n'avait rédigé le 4 thermidor an XIII que comme un *avis* :

Si les ascendants dont le consentement ou conseil est requis sont décédés, et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de décès ou la preuve de leur absence faute de connaître leur dernier domicile, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et de leur dernier domicile...

Par ce fait, depuis 1896, les officiers de l'état civil se sont vus forcés de recevoir cette déclaration subsidiaire du conseil des ascendants, dont l'admission n'était autrefois pour eux que facultative. C'est dire combien, depuis cette date, la demande de conseil aux ascendants avait perdu de son impérieusité, et les recherches d'ascendants, de leur fréquence. On peut donc dire que le caractère convaincant de la statistique a varié dans la même proportion et que l'intérêt d'une réforme apparaissait en 1907 beaucoup moindre qu'en 1890.

L'argument proposé ramené ainsi à de plus justes proportions, il n'en faut pas moins reconnaître sa valeur en ce qu'il affirme inutiles et encombrantes des formalités prescrites à l'égard des aïeux et des aïeules.

Que lui oppose-t-on ?

Il faut reconnaître que du côté adverse la défense des

anciens errements était difficile. On n'invoquait en général qu'une raison sentimentale : la nécessité de sauvegarder le respect des aïeux ; et cette raison toujours appréciable, prenait une valeur beaucoup plus considérable dans un cas particulier : celui où le décès prématuré des père et mère laisse les enfants à la charge des grands-parents. « N'est-il pas pénible pour ces vénérables ascendants d'être traités comme des étrangers, lorsqu'il est question de l'établissement de ceux qu'ils ont élevés et à l'avenir desquels ils ont consacré leur vie... (1). »

Autant il est excessif de contraindre de futurs époux qui, dans les conditions actuelles de la vie, peuvent n'avoir jamais connu leurs ascendants, à leur demander leur conseil sur le projet d'union, autant il est regrettable de voir considérer des jeunes gens comme déliés de ce devoir, pour ainsi dire de simple convenance, vis-à-vis de parents qui les ont élevés !

Sans doute, on peut faire bon marché d'hypothèse isolées ; sans doute on peut faire observer qu'il s'agit d'un intérêt général et social au premier chef ; que c'est le *plerumque fit* qui doit préoccuper le législateur et qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de sacrifier cet intérêt à une exception, importante sans doute, mais très rare, et d'astreindre des milliers de futurs conjoints à des recherches interminables et à des actes onéreux et inutiles (1).

1. Proposition Lemire. Doc. parl. Ann., n° 652, p. 7.

2. Proposition Lemire. *Ibid.*

Mais il nous semble que des « exceptions » dont la rareté n'est pas prouvée auraient dû faire réfléchir le législateur. Si la maxime *ne minimis non curat prætor* est quelquefois applicable, peut-être est-ce l'occasion de compléter cette citation latine par celle-ci : *non erat hic locus*.

Un amendement avait été en second lieu formulé par l'honorable M. Féron, à la Chambre des députés, comme de nature à faire hésiter sur la suppression proposée ; il était ainsi conçu :

« Les ascendants ne demeureront pas responsables des enfants nés d'un mariage auquel ils n'auront pas pris part par leur consentement formel.

« Dans le cas de décès des conjoints les enfants orphelins resteront à la charge des communes. »

C'était sous un aspect un peu différent la même objection que celle faite par M. Bertrand, rapporteur à la Chambre de la proposition Lemire en 1896 (1).

La même réponse y peut être faite.

Cette considération de dette alimentaire est étrangère à celle du consentement des ascendants ; le lien qui unit l'enfant à ses aïeuls et aïeules résulte du fait même

1. M. Bertrand posait la question suivante :

Si on supprime l'acte respectueux, comme le propose M. Ferry, que faut-il décider de l'obligation alimentaire établie par la loi à la charge des beau-père et belle-mère au profit des gendre et belle-fille qu'ils n'ont pas agréés ?

de la naissance, et non du consentement au mariage.

De même, c'est le mariage qui crée l'obligation alimentaire entre beau-père et belle-mère, d'une part, gendre et belle-fille de l'autre.

Ce n'est pas la plus ou moins grande affinité qu'ils se manifestent réciproquement.

L'amendement ne fut pas pris en considération.

On ne tint pas plus compte de l'idée suggérée par M. Lemire, selon laquelle le consentement des ascendants pourrait devenir, de nécessaire, facultatif, grâce à une disposition analogue à celle de l'article 153 du Code civil, sur les ascendants relégués. L'assimilation, pour n'être pas flatteuse, était possible.

La Chambre vota la suppression de l'acte respectueux à l'égard des aïeuls et aïeules, et fut suivie dans cette voie, par le Sénat.

Désormais, les majeurs sont déliés de toute obligation vis-à-vis de ces ascendants, au point de vue mariage.

Présents ou absents, leur avis est indifférent. Seul, leur reste le droit d'opposition modifié de la façon et à la faveur des circonstances que nous exposerons (V. opposition) ; si nous rapprochons d'ailleurs, ici, le droit d'opposition du droit à exiger l'acte respectueux, c'est pour faire remarquer l'insuffisance de l'arme qui reste aux mains des ascendants. Ce n'est pas pour marquer une corrélation entre eux. Il n'y a rien de commun entre le droit des ascendants de l'ancien article 151, qui prescrivait une marque de respect, et le droit d'oppo-

sition, dont l'exercice constate au contraire que le manque de respect est consommé par la publication du prochain mariage. Cette remarque n'est pas inutile ; elle met en garde contre la confusion, grâce à laquelle le Parlement a pris les nouvelles conditions du droit d'opposition des ascendants pour une nécessaire compensation à la suppression de l'acte respectueux dont ils sont maintenant dépouillés.

On peut estimer qu'une mesure aussi radicale, l'est trop.

D'une part, correspond-elle à une simplification, actuellement nécessaire, des formalités du mariage, en supprimant des recherches longues, coûteuses et inutiles ?

Nous ne le croyons pas : que les théoriciens de l'anarchie familiale en prêchent l'opportunité, cela leur est loisible. Ils ne pourront pas en prouver la nécessité. En effet, trois alternatives sont possibles : ou bien, les ascendants sont décédés et leur dernier domicile est inconnu. Le dernier alinéa de l'article 155 dispense de toutes recherches ; la loi de 1907 l'a supprimé, c'est l'affirmation officielle qu'elle faisait avec lui double emploi. Ou bien, les ascendants sont vivants, et de domicile connu : rien n'excuse la suppression d'une formalité qui, exigée pour les père et mère, n'est ni plus longue, ni plus difficile pour les aïeuls et les aïeules.

Ou bien enfin, les aïeuls sont certainement vivants,

mais domiciliés on ne sait où : qui est-ce qui empêchait, puisque c'est dans ce seul cas que l'acte respectueux est reconnu importun et coûteux, d'y suppléer ici seulement par une simple modification de l'article 155 ?

On aurait substitué une conjonction à une autre et on aurait obtenu le texte suivant qui suffisait à faire face aux desiderata des simplificateurs :

ART. 155. — Si les ascendants, dont le consentement ou conseil est requis, sont décédés, si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de décès ou la preuve de leur absence ou faute de connaître leur domicile, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leur déclaration à serment, que le lieu du décès, ou celui du dernier domicile de leurs ascendants, leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants, ou leur dernier domicile.

Les officiers de l'état civil doivent faire mention dans l'acte de mariage desdites déclarations.

Sans nécessité apparente, la loi prive donc les aïeuls et aïeules d'une prérogative, à laquelle ils avaient droit, en vertu du devoir de respect toujours, et spécialement, en vertu d'une sorte de délégation du droit des père et mère quand, à leur défaut, ils ont assumé à leur place les charges de l'éducation de l'enfant.

Le résultat obtenu, sans être un succès pour la cause

du mariage, est donc une atteinte de plus à celle de l'autorité familiale dont la désagrégation s'opère petit à petit par l'effet des mœurs, et qui, loin d'en voir hâter les effets par la loi devrait puiser en elle le moyen d'y obvier.

Et nous ne pouvons que dire avec M. Bressolles (1) :

« Il m'en coûte d'effacer les aïeux et aïeules de la liste de ceux auxquels sont dus l'honneur et le respect dans la famille, alors surtout que la tendance du siècle, principalement dans la classe ouvrière ou rurale, serait de les considérer presque comme des embarras. »

Formalités vis-à-vis des père et mère.

On peut dire sans paradoxe que la tentative de suppression de toute formalité à remplir par les majeurs à l'égard de leurs père et mère, plus brièvement que le procès de l'acte respectueux, vis-à-vis de ces ascendants a abouti à la plus éclatante reconnaissance de la nécessité actuelle de cette formalité.

Parti de ce point de vue, que l'acte respectueux est inutile, nuisible, après en avoir fort logiquement montré l'inutilité et les torts, le législateur est revenu au point de départ par les voies les plus sûres. Cette évolution, il ne l'a pas faite brusquement, par un retour subit et irréfléchi. Il l'a effectuée progressivement en

1. Bressolles. Rapport à l'Académie de législation de Toulouse.

passant par toutes les étapes qui le ramenaient forcément à l'endroit qu'il avait quitté.

Et, tout surpris de n'avoir privé l'acte respectueux que d'un seul caractère, la perpétuité, il l'a rétabli en prenant soin de le changer de nom. Il suffit, pour s'en rendre compte de suivre cette tentative de réforme, depuis son début jusqu'à son résultat dans la loi de 1907.

Le procès de l'acte respectueux était entamé, nous l'avons vu, depuis 1882. Mais, si on met à part son opportune réduction à l'unité, œuvre de la loi de 1896, on constate que malgré les attaques, il avait remporté gain de cause sur toute la ligne.

C'est à l'occasion de la simplification des formalités du mariage, proposée par M. l'abbé Lemire que tout fut remis en question. L'acte incriminé avait, et a encore ses partisans et ses adversaires.

Etudions les arguments pour et contre.

Nous verrons ensuite, d'après les travaux préparatoires de la loi de 1907, quel stade a parcouru sa cause, pour parvenir à un triomphe déguisé, mais certain.

I. — Les adversaires de l'acte respectueux lui imputent trois griefs :

Il est, disent-ils, d'un effet tantôt inutile et tantôt nuisible. Et dans les deux cas, son caractère onéreux constitue la meilleure barrière qu'on puisse dresser contre le mariage.

Enfin il ne sauve même pas les apparences, et mal-

gré son nom, se présente comme une manifestation des moins respectueuses (1).

Pour ces raisons, sa disparition s'impose.

L'examen des hypothèses possibles le confirme :

Première hypothèse. — Les parents consentent au mariage et y assistent. L'acte respectueux est inutile.

Deuxième hypothèse. — Les parents repoussent le mariage et refusent leur consentement.

L'enfant recourt à la sommation dite respectueuse. Il fait savoir à ses père et mère que si, dans le délai d'un mois, ils n'ont pas consenti au mariage, il passera outre.

Les officiers ministériels, qui ont été appelés à signifier des actes respectueux aux parents, qui refusaient leur adhésion, affirment que jamais ils n'ont pu obtenir le consentement du père ou de la mère. Au lieu de ramener la paix dans les familles, l'acte respectueux a contribué à rendre les relations plus aigres, et jamais la bonne harmonie n'a pu être rétablie entre le père et les enfants, lorsque ceux-ci ont été obligés de recourir à cette formalité.

1. « La loi de 1896 n'a pas osé ramener à 21 ans la majorité, ni supprimer les actes respectueux (acte par lequel on annonce à ceux à qui on doit le respect qu'on va leur en manquer). Or, comme le Code a bien été contraint de répudier la puissance paternelle romaine, il a eu recours comme d'ordinaire à son médiocre procédé de transaction et nous a gratifié de cette institution vieillie avant d'avoir vécu, de cette « forme vide qu'est l'acte respectueux ».

F. Grivaz. *Revue politique et parlementaire*, 1896, t. X, p. 588.

Troisième hypothèse. — Les parents sont absents, aliénés ou morts.

L'acte respectueux est inutile.

Sa suppression n'aura pas pour effet de faire les enfants manquer de respect à des parents qui ne peuvent avoir connaissance de leur mariage.

En résumé, les actes respectueux sont inutiles ou vexatoires quand les parents consentent.

Inefficaces et funestes quand ils ne consentent pas, ils occasionnent une multitude de recherches et de formalités, quand les parents sont décédés, aliénés, ou absents (1).

Enfin, l'acte respectueux est onéreux.

Des jeunes gens pauvres hésitent à envoyer le notaire auprès de leurs père et mère parce qu'ils n'ont pas quelquefois à leur disposition « la somme de 15 francs nécessaire à la notification ».

Ce fait seul suffirait à entraîner sa suppression.

Tous ces griefs, dit-on, sont si graves, que beaucoup de législations, pour ne pas dire toutes, ont supprimé intégralement l'acte respectueux.

Seuls restent :

Les Pays-Bas, qui le maintiennent jusqu'à trente ans vis-à-vis des père et mère seuls ; la Belgique, le Luxembourg et l'Espagne qui les suppriment à l'égard des aïeuls et des aïeules.

1. Rapport de M. Déribéré-Desgardes à la Chambre des députés. Séance du 12 avril 1906.

Seule, la France a maintenu cette onéreuse formalité pour toute la vie et pour tous les ascendants. Suivons les autres nations dans la même voie !

Tels sont, compendieusement rapportés, les moyens invoqués par les adversaires de l'acte respectueux et que plaidèrent brillamment M. l'abbé Lemire et les rapporteurs du Sénat et de la Chambre.

II. — Si l'acte respectueux a disparu ailleurs qu'en France, soutenaient par contre ses partisans, ce n'est pas un motif suffisant pour en faire autant chez nous par pur esprit d'imitation. Comparaison n'est par raison, et nous ne l'admettons pas plus ici, qu'en matière de majorité matrimoniale. La faiblesse de ce motif de suppression est d'une évidence qui dispense d'insister.

Quant à présenter l'acte respectueux comme un obstacle à la libre conclusion des unions matrimoniales, tous ceux qui se sont laissés entraîner à une union libre ne peuvent alléguer pour excuse la complication de la formalité de l'acte respectueux.

Leur situation, plus ou moins pénible, est imputable à toute autre cause qu'à une barrière légale dressée devant le mariage. D'ailleurs, le délai d'un mois de l'article 151, n'est pas tellement long qu'il doive lasser la patience de celui qui est fermement résolu à éviter le concubinage.

Mais c'est un mois pendant lequel les conseils des père et mère peuvent se faire entendre et prévaloir.

L'acte respectueux vaut précisément par le caractère

qu'on lui reproche : C'est son allure irrévérencieuse, qui répugnera au dernier moment à l'enfant, qui le fera hésiter entre sa passion et l'inconvenance de sa démarche vis-à-vis de ses auteurs.

Cette perspective peut le faire réfléchir ; et c'est là le vœu de la loi.

Par contre, « la réforme proposée tend à détruire l'autorité paternelle et maternelle, et la déférence qu'on doit avoir pour elle, et atteint profondément la stabilité et la solidarité familiale déjà ébranlée, et pourtant si respectable, base essentielle et fondement de l'état social (1). »

C'est qu'en effet la tendance est aujourd'hui à ne considérer la loi que dans l'intérêt de l'enfant. La législation a tout fait depuis trente ans pour améliorer la situation : lois sur la déchéance de la puissance paternelle, sur les droits successoraux, puis sur la tutelle des enfants naturels ; tout dernièrement encore la loi sur la légitimation des enfants adultérins. La cause de la famille et de l'autorité qui y préside captive autrement moins le législateur ; car s'il prend une mesure à cet égard, c'est en sens contraire, pour affaiblir la puissance domestiques.

Ce n'est notamment pas le moment, dit-on encore, quand on abaisse la majorité matrimoniale à vingt et un ans, de supprimer cette garantie, si faible soit-elle, si nécessaire cependant de l'acte respectueux (2).

1. M. De Ramel. Chambre des députés. Séance du 12 avril 1907.

2. « Un des plus grands malheurs qu'un enfant puisse éprouver, est

En somme, cette formalité, qui vaut surtout par le délai qu'elle fait courir, doit subsister tant comme une protection accordée à l'enfant contre lui-même, que comme un devoir de déférence vis-à-vis de ses parents.

Reste une dernière objection à laquelle la théorie favorable à l'acte respectueux ne répond guère :

Si cet acte n'est pas par lui-même un obstacle au mariage, ce que nous admettons, les frais qu'il entraîne en sont un bien autrement sérieux.

Si l'enfant, convaincu de l'excellence de sa cause d'une part, et de l'autre du mauvais vouloir de ses parents, n'a pas reculé devant les formalités de la sommation, moyen extrême mais consacré par la loi, n'est-il pas foncièrement mauvais de le voir privé d'une force légale, reconnue absolument licite, par une pure question d'argent ?

Partisan de l'acte respectueux, nous n'en reconnaissons pas moins la grande valeur de cet argument.

Oui, cette sommation dont il faut conserver le principe péchait par les à-côté pécuniaires qu'elle entraînait. Utile, elle aurait dû être à la portée de tous, et tel a été son grand tort de n'être possible que pour quelques-uns.

de ne pas avoir le consentement spontané de ses père et mère à son mariage. Alors, le flambeau de l'hymen serait à la fois une torche de discorde, si la loi, qui veille à la paix des familles comme au fondement de l'ordre social, ne venait au secours de l'enfant et des père et mère en les rapprochant..., en donnant à la sagesse des père et mère un nouveau poids. » Bigot-Prémeneu. Exposé des motifs. Procès-verbal du 17 ventôse an XII. — Locré, III, p. 112.

Et qu'on ne réponde pas par un argument tiré de la loi de 1896 : l'acte respectueux est gratuit pour les indigents. Nous le savons.

Qu'est-ce qu'un indigent ?

La loi de 1850 (art. 6) le dit :

« C'est quiconque paie moins de 10 francs de contributions » ; or, le nombre des indigents, selon ce critérium est infime. Comme l'a fort bien montré M. Lemire, un ouvrier privé de tout paie 6 francs de prestations, 2 francs de cote personnelle ; pour peu qu'il ait deux portes et deux fenêtres, il est imposé pour plus de 10 francs ; à côté d'un indigent suivant la loi, combien de petits employés et d'ouvrières pour qui la dispendiosité de l'acte respectueux est le mur infranchissable qui leur coupe la route du mariage ! Et c'est là un minimum. Heureux quand le notaire, qui légitimement aussi ne peut faire d'avances, ne réclame pas une provision plus forte pour se couvrir de ses frais !

Assurément, l'application des articles 151 et 154, dont le principe est respectable, demandait une mise au point. En résumé, l'acte respectueux devait subsister, mais, pour en faciliter l'emploi, ses frais devraient être réduits ou supprimés.

III. — Voyons ce qu'il en est advenu, quel résultat a été atteint et par quelles idées on y est parvenu.

L'évolution en est curieuse.

1° Dans son projet de 1903, M. l'abbé Lemire insérait

un article 7 que nous nous permettons de transcrire intégralement, pour l'intérêt qu'il présente.

ART. 7 — L'article 151 du Code civil et l'article 2 de la loi du 20 juin 1896 sont remplacés par les dispositions suivantes :

« ART. 151. — Jusqu'à l'âge de trente ans accomplis, les enfants de famille qui ont atteint la majorité fixée par l'article 5 de la présente loi, sont tenus avant de contracter mariage pour la première fois de demander par acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, à moins que ceux-ci ne soient dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Si les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les futurs époux auront le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'état civil le consentement de leurs aïeuls et aïeules.

Il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux passé outre un mois après, à la célébration du mariage.

Toutefois, si le fils ou la fille, n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, le père et à défaut du père, la mère, peuvent, dans les quinze jours de la notification du projet de mariage, prendre leur recours contre celle-ci.

« Ce recours est formé par assignation à jour-fixe devant le tribunal de 1^{re} instance du domicile ou de la résidence de l'enfant.

Le délai de comparution est de huitaine ; le jugement

n'est pas susceptible d'opposition ; mais il peut être frappé d'appel dans la quinzaine du prononcé, s'il est contradictoire, ou de la signification s'il est par défaut. Le délai de la comparution devant la Cour est de huitaine.

Le tribunal et la Cour instruisent la cause d'urgence et entendent le procureur de la République ou le procureur général en Chambre du conseil. Ils statuent en séance publique.

Le ministère des avoués n'est pas requis ; les parties sont tenues de comparaître en personne ; elles peuvent se faire assister d'un conseil.

Si les motifs du refus sont reconnus fondés le juge ordonne de surseoir à la célébration du mariage.

Voici donc l'économie de ce projet :

Maintien du principe de l'acte respectueux.

1^o Nécessaire vis-à-vis des père et mère ;

2^o Facultatif vis-à-vis des autres ascendants.

Limitation de l'application :

1^o Jusqu'à trente ans ;

2^o Pour le premier mariage.

Fossibilité de passer outre un mois après.

Recours des père et mère à justice pendant un certain temps.

Institution d'une procédure extraordinaire pour ce recours.

En somme, pour une initiative dont le but était de simplifier et de faciliter le mariage, celle-ci semblait le

manquer complètement ; sous couleur de rendre l'union plus facile, l'article 7 aggravait l'ancien article 151. Pour en ménager l'accès, il créait une procédure d'une complication sans pareille.

Pour qui a lu les explications préliminaires, ce texte est en flagrante opposition avec les intentions apparentes de son auteur. Passons.

En présence d'une conception aussi complexe, le rapporteur de la proposition à la Chambre, l'honorable M. Déribéré-Desgardes, conclut très franchement à la suppression pure et simple de l'acte respectueux, dans tous les cas, à tout âge, à partir de la nouvelle majorité fixée à vingt et un ans, vis-à-vis de tous les ascendants sans distinction ; c'est l'article 6, dont nous avons eu maintes fois l'occasion de parler au cours de ce travail.

« ART. 6. — Les articles 151, 152, 153, 154, 155, 156 et 157 du Code civil sont supprimés, ainsi que toutes les autres dispositions contraires à la présente loi. »

Si les règles générales du droit en rendent la seconde partie peut-être superflue, la première contenait en une ligne une révolution législative

Après une très courte discussion, l'article 6 fut adopté par 285 voix contre 220.

Ainsi donc, si le Sénat confirme la décision que vient de prendre la Chambre, grâce à une majorité de 65 voix,

c'est toute la réglementation des actes respectueux, des différentes conditions du consentement de la famille au mariage et des pénalités, qui se trouve biffée du Code.

Nous insistons sur ce point de l'intention bien formelle et bien formulée du législateur : toute consultation de majeurs sur un projet de mariage est supprimée. Ce n'est pas une réforme de détail, la simplification de formalités ou leur coût rendu moins onéreux, qu'on poursuit alors ; c'est la disparition radicale du principe.

2° Après transmission de la proposition au Sénat, son rapporteur proclame qu'en conformité du vote de la Chambre, la Commission est d'avis de supprimer purement et simplement l'acte respectueux. Qu'en effet, il est illogique « d'imposer une telle formalité alors que l'enfant, cette formalité accomplie, peut ne pas tenir compte du conseil paternel » et que, en définitive, les raisons invoquées par Portalis « dans un style qui n'est plus de notre époque » ne sont pas de nature « à faire impression sur nos esprits ».

Seulement, distinction subtile, « comme il est sage d'imposer aux jeunes gens comme aux jeunes filles, dans la période de vingt et un à trente ans, l'obligation d'informer leurs père et mère », il est nécessaire « d'aviser ceux-ci par le ministère gratuit de l'officier de l'état civil de l'alliance projetée » ; quinze jours francs après cet avis, il pourra être passé outre à la célébration du mariage.

Aucune formalité de ce genre n'est prescrite vis-à-vis des ascendants.

C'est là une première concession à l'idée de démarche, à but matrimonial, vis-à-vis de la famille. Le bel élan d'émancipation pris par la Chambre se trouve arrêté. On ne bat pas en retraite devant l'acte respectueux, mais on le considère de plus près et on reconnaît l'impossibilité de l'enlever de haute lutte. Il faut pactiser avec son principe inspirateur : on le fait d'une façon détournée, mais certaine.

Le rapport est lu en première délibération et les articles suivants sont adoptés par 174 voix contre 62.

ART. 6. — L'article 151 du Code civil est remplacé par l'article suivant :

Les enfants ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus et jusqu'à l'âge de trente ans révolus sont tenus de justifier du consentement de leurs père et mère.

A défaut, l'officier de l'état civil appelé à célébrer le mariage avisera de l'union projetée le père et la mère.

Quinze jours francs écoulés après justification de cette notification faite conformément à l'article 154 ci-après, il sera passé outre à la célébration du mariage.

ART. 7 — L'article 154 du Code civil est remplacé par le suivant :

En conformité de l'article 151, l'officier de l'état civil notifiera en la forme des actes administratifs aux père et mère le projet de mariage de l'enfant.

- En dehors de l'innovation concernant les aïeules, il y a trois points à noter ;

Institution d'un avis administratif aux père et mère ;

Jusqu'à trente ans seulement ;

Délai de quinze jours francs.

Le second a passé dans la loi et nous en parlerons plus tard.

Quant au premier, il comportait plusieurs inconvénients (1) ;

Le plus sérieux se trouvait dans le caractère impraticable de la réforme dans le cas de mariage à l'étranger d'un Français dont les parents sont en France ou *vice versa*.

a). Les futurs époux sont en France et les parents sont à l'étranger ; dans quelle forme l'officier de l'état civil fera-t-il parvenir son avis ?

La forme administrative lui est interdite et toute autre forme est illégale.

b). Les futurs époux sont à l'étranger et les parents sont en France ; on se trouve en face de l'impossibilité radicale de faire faire une notification en France par un officier de l'état civil étranger.

Ensuite, il était à prévoir que cette disposition ne passerait pas définitivement dans la loi pour une raison très particulière ;

1. C'est pourtant la procédure à laquelle se sont arrêtés le Congrès international de Bruxelles de 1897, et la loi luxembourgeoise du 12 juin 1898 :

La grande majorité des membres du Sénat sont magistrats municipaux, et à ce titre, officiers de l'état civil. Il fallait s'attendre à ce qu'une nouvelle attribution, assurée par une inévitable sanction, leur soit peu sympathique.

Enfin, et c'est la raison qui fut invoquée en seconde délibération :

« On craignit les inconvénients d'une intervention de pouvoirs élus peut-être des indiscretions calculées aux heures troublées de la politique. »

La cause de l'avis administratif et économique était perdue. Il fallait revenir au ministère onéreux du notaire.

3° C'est ce qu'on fit lors de la seconde discussion, en ramenant à trente jours francs le délai subséquent.

Après la conception mixte du premier rapport qui comportait l'avantage d'une démarche gratuite, c'était le retour en arrière : le législateur rétrograde jusqu'à son point de départ ; l'article 151 ne prescrit plus l'acte respectueux, mais il en respecte l'esprit.

La cause de l'économie ne gagna que la gratuité du timbre et de l'enregistrement de la notification notariée, et le bénéfice aléatoire du vœu exprimé par le rapporteur « qu'en cette matière l'assistance judiciaire soit largement accordée ».

Après cette longue discussion, on aboutit alors aux articles suivants qui sont ceux de la loi :

ART. 7. — L'article 151 du Code civil est remplacé par le suivant :

Les enfants ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus et jusqu'à l'âge de trente ans révolus sont tenus de justifier du consentement de leurs père et mère.

A défaut de ce consentement, l'intéressé fera notifier dans les formes prévues en l'article 154 l'union projetée à ses père et mère ou à celui des deux dont le consentement n'est pas obtenu.

« Trente jours francs écoulés après justification de cette notification, il sera passé outre à la célébration du mariage. »

ART. 9. — L'article 154 du Code civil est remplacé par le suivant :

La notification prescrite par l'article 151 sera faite à la requête de l'intéressé par un notaire instrumentant sans le concours d'un deuxième notaire, ni de témoins.

« Cet acte, visé pour timbre et enregistré gratis, énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, de leurs pères et mères, ainsi que le lieu où sera célébré le mariage. »

Il contiendra aussi déclaration que cette notification, leur est faite en vue d'obtenir leur consentement et qu'à défaut, il sera passé outre à la célébration du mariage, à l'expiration du délai de trente jours francs.

De ces deux articles, le premier établit l'économie générale de la nouvelle manifestation du projet de mariage du futur époux à ses parents ; le second en règle le détail d'organisation.

Il est intéressant de faire entre la nouvelle « notifica-

tion » et l'ancien « acte respectueux » un rapprochement.

Il permet de s'assurer de l'égale fausseté des assertions :

D'une part, de ceux qui exaltent la réforme comme un progrès important sur l'ancien état de chose, et d'autre part de ceux qui déplorent la disparition radicale de ce qu'ils considéraient comme un hommage nécessaire à la puissance familiale. Il y a dans les deux théories une semblable part d'exagération.

Envisageons d'abord les points de ressemblance : ils sont nombreux.

I. — Entre la demande de consentement par acte respectueux et formel et la notification authentique du projet d'union aux parents, la différence n'est pas grande. On peut même la dire, dans le principe, inappréciable. Que la forme n'en soit pas identiquement semblable, nous le verrons, mais cette remarque n'a qu'une portée minime.

1° Ce qui est remarquable c'est que l'acte prescrit est dans les deux cas *authentique* et du *ministère du notaire*.

Ainsi donc, les futurs époux majeurs doivent justifier du consentement de leurs père et mère. Entre ce « consentement » et le « conseil » de l'ancien article 151, il n'y a plus qu'une différence de mots.

Quelle valeur avait la distinction faite entre ces deux

expressions sous le régime de l'ancienne législation ?

Elle était la suivante :

L'obtention du consentement imposée aux mineurs était une nécessité telle que sa méconnaissance empêchait la célébration du mariage ; et que si, nonobstant cet empêchement, le mariage s'était trouvé célébré, il était frappé de nullité.

La demande de conseil, par contre, était une formalité prescrite aux majeurs, et d'une gravité rendue beaucoup moindre, par ce fait qu'il était possible de passer outre au mariage, après signification de l'acte respectueux aux parents, qui refusaient d'approuver le mariage ; et que son non-accomplissement n'entraînait jamais l'annulation de l'union contractée.

Le nouveau texte n'a pas cru devoir maintenir cette subtile distinction de mots. Il n'y a plus à demander de conseil, mais l'obtention du consentement aura plus ou moins d'intérêt selon que les futurs seront majeurs ou mineurs.

Cette considération permet de dire que la justification demandée se fera de la même manière que pour celle des mineurs.

2° A défaut de ce consentement, l'intéressé fait notifier l'union projetée à ses père et mère ou à celui des deux dont le consentement n'est pas obtenu.

Si l'on fait abstraction de ce qu'aucune formalité n'est ordonnée vis-à-vis des aïeuls et aïeules (et nous nous sommes expliqué sur cette innovation), rien n'est ici

changé. Selon l'ancien système, il fallait quand les pères et mère refusaient leur consentement, signifier à chacun d'eux et par acte séparé, un acte respectueux. La même nécessité semble se perpétuer actuellement. Quand l'un des parents accorde son consentement, il va de soi que maintenant comme toujours la signification à l'autre suffit.

3° Enfin, quel est le délai subséquent de la formalité prescrite après lequel la célébration est possible ?

La loi de 1896 avait fixé « un mois après ». Cette fixation était ambiguë. Comment compter ce délai d'un mois ?

Fallait-il le considérer comme franc, conformément à l'article 1038 du Code de procédure civile eu égard au caractère inclusif de la formule (1).

Devait-on, au contraire, conformément à la jurisprudence et à la majeure partie de la doctrine (2), estimer que l'article 1033 ne s'applique qu'aux délais de procédure, et en conséquence, devait-on compter de quantième à quantième, et non par révolution de trente jours ?

La controverse régnait.

On doit donc savoir gré à la nouvelle loi de l'avoir éteinte, après avoir renoncé au délai de quinze jours, vraiment trop bref, en fixant un délai de trente jours

1. Maurice Leven. *Lois nouvelles*, 1896, 2^e part., p. 125, et suiv.

2. Merlin. *Questions de droit*. V^o acte respectueux, § 2. Première question.

francs, c'est-à-dire ne comprenant ni le jour de la notification, ni celui de la célébration du mariage.

Dans ces conditions, on devra décider comme sous l'empire de l'ancienne loi que la publication peut être faite dans ce délai (1).

Mais, comme s'il était dit que la corrélation du bien et du mal est inéluctable, le point de départ de ce délai rationnel est vicieux : « Trente jours francs *après justification* de cette notification » dit l'article 151.

Quelle justification ? et à qui ?

A interpréter le texte littéralement, il semblerait que l'officier de l'état civil ait le droit de ne célébrer le mariage que trente jours francs *après le moment* où le procès-verbal de notification, dressé par le notaire, lui a été remis.

Nous ne saurions nous rallier à cet avis.

Aucune disposition légale ne prescrit un délai minimum avant le mariage, imparti aux intéressés pour produire les pièces nécessaires ; cette production n'est exigée que le jour de la célébration.

On ne voit pas dans quel intérêt la loi de 1907 avait dérogé à cette règle. Il nous semble que la formule défectueuse de l'article 151 doit être comme s'il était écrit : « trente jours francs après cette notification, dont il sera justifié... etc. ».

L'officier de l'état civil ne vérifiera donc l'observa-

1. Tribunal civil de la Seine, 15 avril 1897, D. 98. 2. 419.

tion de la loi, quant à cette pièce comme quant aux autres, qu'avant de célébrer le mariage, dans le délai ordinaire fixé par l'usage pour la remise des pièces.

Nous avons d'ailleurs acquis l'assurance qu'il est ainsi fait dans la pratique municipale.

II. — Ainsi donc, entre la notification et l'acte respectueux, les points communs sont si nombreux qu'on pourrait dire que la nouvelle institution est calquée sur l'ancienne. Dans les cas d'application où la seconde se substitue à la première, on lui retrouve même aspect, même utilité, même portée. Le nom, l'étiquette seule, pourrait-on dire, a changé.

Toute la différence résulte dans la question de savoir quelle application en a été conservée. A cet égard, la notification actuelle est supprimée radicalement à l'égard des aïeuls et aïeules. Nous l'avons vu et nous n'avons pas à y revenir.

Et quant aux père et mère, son exercice n'est prescrit que jusqu'à trente ans pour les deux sexes.

C'est là le « moyen terme » proposé par M. l'abbé Lemire. Suivant sa propre expression « on marche ainsi sur la voie moderne, mais d'un pas mesuré, et l'on rentre dans l'esprit du Code civil. En effet l'article 152 ancien du Code civil établissait trois actes respectueux jusqu'à trente ans, mais il n'y en avait plus qu'un, au delà de cet âge » (1).

1. Proposition de loi. Doc. parl., n° 652, p. 4 et 5.

On ne voit pas exprimés, dans les travaux préparatoires, de motifs qui justifient plus précisément la fixation un peu arbitraire de l'âge de trente ans.

A-t-on jugé qu'en faisant de la majorité deux périodes, l'une de liberté relative, l'autre de liberté absolue, et qu'en fixant la limite de ces deux stades à trente ans, on faisait la part assez large à chacune des théories, en présence ?

C'est probable ; mais on aimerait à le voir expliqué.

Malheureusement, comme bien des moyens termes, celui-ci a des chances de ne satisfaire personne. Les avocats de l'émancipation intégrale critiqueront le caractère conventionnel de cet âge ; ils regretteront que l'abolition de toute formalité n'ait été prononcée ; ou, qu'à tout le moins, n'ait point été admise cette disposition de la proposition Lemire, aux termes de laquelle la dissolution d'un premier mariage dispensait de toute démarche relative à une union subséquente, quel que soit l'âge de l'intéressé.

Ils prétendront avec juste raison que l'esprit du nouvel article 151 se trouve en opposition avec celui du nouvel article 148. La loi de 1907 a estimé que la majorité matrimoniale de vingt-cinq ans, créée pour les garçons par le Code, était artificielle et injustifiable. Elle a unifié cette majorité en la fixant à vingt-et-un ans, âge de la majorité civile ordinaire. Puis quelque lignes plus loin, elle forge de toutes pièces une majorité absolue, que l'âge de trente ans sépare d'une période de

majorité relative. C'est une conception tout aussi artificielle. Et les auteurs de la nouvelle législation n'ont pas pris soin d'apporter comme leur devancière de 1804, une apparence de justification.

D'un autre côté les partisans de l'obligation perpétuelle à l'acte respectueux, feront valoir au nom de la logique ce dilemme :

Oubien l'acte respectueux était inopportun et coûteux et il fallait le supprimer radicalement.

Ou bien on reconnaissait dans la nécessité pour les majeurs de notifier leur mariage, un hommage à la famille et une condition de paix et de bon ordre; et alors cette nécessité ne souffrait pas une distinction, dans le temps entre tels ou tels majeurs.

La loi s'étant rangée à la seconde manière de voir devait s'y tenir, vu son caractère indivisible :

Il n'y a pas d'autre explication à chercher que de dire que le nouvel article 151 est un pont provisoire entre l'ancien état de choses, et un état de chose futur. On n'a pas estimé que l'idée de liberté totale, quant au mariage, soit encore arrivée à maturité.

Nous avons déjà noté que plusieurs dispositions de la loi étudiée ne marquaient qu'une étape ; ce pas mesuré dans la voie moderne est la transition entre hier et demain.

Voici donc en cette matière le nouvel état du droit :

Les majeurs des deux sexes n'ayant pas atteint trente ans, dont les père et mère sont vivants et capables de

manifesteur leur volonté, doivent notifier à ceux-ci leur projet de mariage. Par contre, jouissent de la complète liberté matrimoniale les majeurs ayant atteint l'âge de trente ans accomplis, ou ceux d'un âge inférieur à trente ans et dont les père et mère sont ou décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Article 154. — Les remarques à faire sur la procédure de la notification concernent l'officier public compétent, les formes et énonciations requises et l'enregistrement.

1° Le ministère du notaire se perpétue. A défaut de celui du maire, auquel on avait renoncé, et conformément à la tradition historique, le caractère conciliant de cet ordinaire conseiller des familles l'a fait préférer à l'huissier.

Mais, aux termes du nouvel article 154, il instruit seul, sans le concours d'un second notaire ni de témoins, par conséquent dans la forme ordinaire des actes notariés.

L'ancienne prescription n'ajoutait pas à la solennité de l'acte, et sa méconnaissance prêtait à la controverse en dépit de la jurisprudence (1).

2 L'acte est dressé en minute sur *papier libre* ; il se compose d'une réquisition de l'intéressé au notaire, suivie d'une notification aux père ou mère, généralement

1. Un jugement du tribunal civil de Bourges (30 juillet 1891. S. 93. 2.261) a décidé qu'un acte respectueux ne saurait être annulé pour le motif que le deuxième notaire ou les témoins n'auraient pas assisté le notaire en premier, lors de la notification.

faites sur feuilles séparées, quoique aucune obligation n'existe à cet égard.

Les copies sont au nombre d'une ou deux suivant que signification doit en être faite au père, à la mère ou à tous les deux.

La forme générale de l'acte, tout en restant courtoise, et sans avoir précisément le caractère d'une sommation, est moins déferente que celle de l'ancien acte respectueux.

La nouvelle formule affecte un ton plus comminatoire, il faut le regretter. La formalité n'en est pour cela, ni moins gênante ni moins coûteuse que l'ancienne, Toutes choses égales d'ailleurs, le fond fut-il le même, il y a toujours avantage à garder les apparences sauves.

Cela est d'autant plus nécessaire, qu'à tort selon nous, la loi du 15 février 1899 sur le secret des actes signifiés, n'a pas assimilé l'acte respectueux et (par suite, la notification) aux exploits d'huissiers qui ne doivent être remis « que sous pli cacheté, ne portant d'autre mention, d'un côté que les nom, profession et adresse du destinataire, et de l'autre que le nom de l'huissier et le cachet de son étude ».

Il est donc regrettable qu'une jurisprudence constante (1) ait déclaré la loi de 1899, non applicable aux

1. Trib. Versailles, 14 janvier 1901. — Seine 2 mars 1905. — Paris 31 mai 1905. D. 1906 XVIII.2.373.

notaires, dont les actes sont cependant aussi intimes que ceux des huissiers.

Pour faire sa *réquisition* (1), l'intéressé doit comparaître en personne, ou par procuration notariée. Un certain nombre d'énonciations (les mêmes dans la notification que dans la réquisition) y sont requises : ce sont les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, de leurs pères et mères, ainsi que le lieu où sera célébré le mariage.

La nouvelle loi se montre à cet égard plus rigoureuse que l'ancienne.

La mention de l'âge cependant n'est pas requise, plus qu'autrefois (2) ; mais il semble bien, qu'à l'inverse de ce qui avait lieu pour l'ancien acte respectueux (3), la nullité fut la sanction du défaut de mention de la résidence. Aucune certitude ne peut exister à cet égard : la loi exige nommément l'énonciation des domicile et résidence des parents. Or, il semble qu'il faille en induire que, quand l'un des père et mère est décédé, il est nécessaire d'indiquer le lieu et la date du décès. Ce n'est pas dans ce sens qu'à statué le tribunal de la Seine qui, par jugement en date du 10 novembre 1907 a décidé : « que l'omission de la date et du lieu du décès ne pouvait être considérée comme condition essentielle de la validité des actes ».

1. V. Annexes.

2. Paris, 6 décembre 1899. D. 1900 2. 327.

3. Avesnes, 18 novembre 1897. D. 1899. 2. 39.

La signature du requérant ou de son mandataire doit se trouver au bas de la réquisition.

Celle du notaire est facultative (1).

Si le requérant ne sait ou ne peut signer faut-il la contresignature d'un second notaire ou de deux témoins ?
Oui. La réquisition étant considérée comme un acte ordinaire doit être soumise à toutes les prescriptions de la loi de ventôse.

La *notification* (2) contient les mêmes énonciations que la réquisition ; mais elle doit être signée du notaire et contenir cette déclaration ; qu'à l'expiration du délai de trente jours francs, il sera passé outre à la célébration du mariage ; cette formalité est substantielle et requise, à peine de nullité.

La signification se fait au domicile du ou des intéressés, parlant à leur personne, ou à défaut et successivement à leurs parents, serviteurs, au concierge, aux voisins, au maire, ou enfin au procureur de la République.

La mention de la réponse, qui était nécessaire, ne l'est plus. Il suffit qu'il soit certain que la notification est parvenue à la connaissance des parents. On l'avait d'ailleurs déjà admis dans certains cas, pour l'acte respectueux (3).

3. La loi de 1907 exempte les réquisition et notification du droit de timbre. Une instruction de la Régie (4)

1. *Journal du Notariat*.

2. V. Annexes.

3. Paris, 31 mai 1905, déjà cité. — Chambéry, 7 juin 1886.

4. V. annexe,

est intervenue le 5 novembre 1907. Elle décide que les minutes en sont exemptes de timbre et d'enregistrement ainsi que leurs copies et expéditions. Mais l'immunité fiscale ne doit pas être appliquée aux actes qui seraient dressés pour constater le dissentiment des parents dans les cas spécifiés aux articles 148 et suivants, pas plus qu'à tous jugements et actes de procédure.

Il faut en induire que la procuration notariée à l'effet de constituer un mandataire devant faire la notification est frappée des droits de timbre et d'enregistrement.

Les honoraires sont restés les mêmes que ceux de l'acte respectueux, à raison de 8 francs pour la réquisition (sauf Seine 9 francs) et 16 francs pour la notification.

L'économie ne porte donc que sur l'exemption de timbre et enregistrement, c'est-à-dire sur la somme de 0,60 (deux fois) + 3,75 (2 fois) = 8,70.

On peut trouver, et nous partageons cette opinion que ces frais de 24 francs sont encore exagérés.

Le ministère du notaire est donc trop coûteux. Même avec le facile octroi souhaité de l'assistance judiciaire, il suffit que quelques uns ne puissent l'obtenir pour rendre le système entier défectueux. Une faveur, si largement accordée soit-elle, ne peut jamais équivaloir à un droit. Il fallait donc décider la gratuité intégrale de la notification, ou attribuer sa compétence à un autre officier public. Or, nous avons reconnu avec le Sénat l'im-

possibilité de substituer au notaire le ministère gratuit du maire.

La juridiction gracieuse du juge de paix aurait pu, là encore rendre de précieux services.

Nous ne prenons pas l'initiative de cette idée, proposée déjà par un savant professeur de l'Université de Toulouse (1).

Il aurait été aisé de lui donner tous pouvoirs pour convoquer par simple lettre, dans son cabinet les père et mère non consentants ; il y aurait procédé à une tentative de conciliation, auquel son rôle le prédispose, suivie d'un procès-verbal valant notification.

Les frais en eussent été beaucoup moindres pour le plus grand avantage de l'enfant, d'une part, et de l'autre pour celui de la cause de l'autorité familiale.

Pénalités

Article 157. — Les réglementations des conditions du mariage pendant la période de minorité matrimoniale et pendant celle de majorité sont symétriques.

Nous avons vu quelle sanction était l'appendice de la première. En existe-il une semblable pour la seconde ?

L'article 157 répond à ce point d'interrogation (2).

Il prévoit le cas où un officier de l'état civil n'aurait

1. Bressolles, *op. cit.*

2. ART. 157. — « L'officier de l'état civil qui n'aura pas exigé la justification de la notification prescrite par l'article 151 sera condamné à l'amende prévue en l'article précédent. »

pas exigé la justification de la notification et le punit d'une amende.

Rien à dire de la pénalité, sinon qu'elle a été adoucie par rapport à celle de l'ancien article dans la même mesure que celle de l'article 156, dont nous avons déjà parlé. C'est-à dire que la peine d'emprisonnement a disparu et que la peine pécuniaire a seule subsisté.

Ce qui est plus intéressant à noter, c'est que le cas prévu à l'article 157 nouveau correspondant pour la période de majorité à celui de l'article 193 du Code pénal pour celle de minorité. Dans les deux hypothèses, un officier de l'état civil *a omis de s'assurer* que cette *condition de fond* : existence du consentement ou de la notification, a bien été remplie.

Mais quel est, en ce qui touche les majeurs le parallèle de la disposition de l'article 156 du Code civil qui prévoit le cas où a été *omise la simple énonciation* dans l'acte de mariage des formalités requises par l'union des mineurs ? Il n'y en a pas.

La négligence des conditions de forme n'est pas punie. Et ce manque de symétrie a de quoi surprendre.

Mais il est plus étonnant encore quand on considère que, tout en n'étant pas sanctionnée par une pénalité, cette énonciation de la notification a été ordonnée dans le nouvel article 76.

C'est ici le moment de considérer que ce résultat à été atteint, pour ainsi dire, par hasard : l'énonciation dont-il s'agit, avait été passée sous silence ; dans la proposi-

tion de loi, un sénateur en fit la remarque et demanda son insertion à l'article 76 qui, après rapport supplémentaire de M. Catalogne, passa ainsi dans la loi.

ART. 76. — On énoncera dans l'acte de mariage :

1^o ... 2^o ... 3^o ... 4^o ...

5^o La notification prescrite par l'article 151, s'il en a été fait..... »

La sanction n'en fut pas conséquemment assurée à l'article 157.

Aussi, peut-on regretter que n'ait pas été passée sous silence une prescription qui devait rester lettre morte tout en conservant la trace authentique et perpétuelle d'une formalité désagréable dont le temps aurait pu, sans elle, effacer le souvenir.

*Justifications relatives à l'absence
de consentement des parents*

On a envisagé jusqu'à présent les diverses modifications que la loi de 1907 a cru devoir apporter à la législation antérieure dans le but de simplifier les formalités relatives au consentement des parents au mariage.

Il y a lieu de compléter cette étude par celle de l'hypothèse où ce consentement n'a pu être obtenu.

L'obligation existant strictement à la charge des futurs époux de rapporter la preuve des démarches faites auprès de la famille, partout et toujours sauf dans les

cas où elles n'ont pu l'être, il était nécessaire de déterminer quelles justifications devaient être fournies de cette impossibilité.

La loi a donc prévu deux hypothèses principales (sans préjudice de l'hypothèse spéciale de l'article 153 relative à la relégation) :

Les ascendants sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté ; et dans chacune d'elles, le texte lui-même, ou ses interprètes, ont fixé quelles preuves en devaient être administrées : parallèlement au détail de ces décisions, il y aurait lieu de rapporter les controverses auxquelles elles ont donné lieu.

Cette recherche, d'ailleurs dans sa plus grande partie étrangère à l'objet que nous nous sommes proposé, nous ne l'entreprendrons pas.

Nous nous bornerons à établir la liste des cas d'impossibilité de consentir et nous nous arrêterons à l'article 155 qui concerne deux points spéciaux dont s'est occupée la loi du 21 janvier 1907 ; ce sont là en effet, les seules nouvelles « conditions du mariage », dans cet ordre d'idées.

Les ascendants, dont le consentement est requis, peuvent donc être ;

Décédés.

Absents.

Interdits.

Internés.

Aliénés, ni interdits, ni internés.

Interdits légalement.

Relégués ou maintenus aux colonies.

Le nouvel article 155 du Code civil ne concerne que deux de ces éventualités, décès et absence ; et encore ne s'y applique-t-il que partiellement.

Dans sa teneur ancienne, il était ainsi conçu :

ART. 155. — En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété, délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix (ajouté, loi du 20 juin 1896). Il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules pour la branche à laquelle ils appartiennent attestent ce décès ; et dans ce cas il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage si les ascendants dont le consentement ou conseil est requis, sont décédés, et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de décès ou la preuve de leur absence ; faute de connaître leur dernier domicile, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi par

serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et de leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil doivent faire mention dans l'acte de mariage des dites déclarations

1^o Aucun commentaire de cet article n'est nécessaire Il est assez clairement conçu pour pouvoir s'en passer.

Il faut seulement remarquer que les premier et troisième alinéas ne concernent que les majeurs quand leurs ascendants sont absents, quand ils sont décédés. On peut même critiquer ce troisième alinéa où il est question de « consentement ou conseil » alors que quelques lignes plus loin, se manifeste sa spécialisation aux majeurs ;

Or, ceux-ci n'avaient à demander que le « conseil » et jamais le consentement.

Comparons à cet ancien article le nouveau :

ART. 155 — En cas d'absence des père et mère auxquels eût dû être faite la notification prévue à l'article 151, il sera passé outre à la célébration du mariage en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête ou, s'il n'y a point encore eu de jugement un acte de notoriété, délivré par le juge de paix du lieu où les père et mère ont eu leur dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de Paix.

Il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules

pour la branche à laquelle ils appartiennent attestent ce décès ; et, dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation sur l'acte de mariage.

A défaut de cette attestation il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leurs déclaration et serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus.

La loi de 1907 a respecté l'ancien alinéa premier : elle y a seulement substitué les mots « père et mère », au mot ascendant, dont la signification était trop compréhensive depuis que les formalités vis-à-vis des aïeuls et aïeules étaient supprimées.

L'alinéa 2, copie presque textuelle d'un avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII incorporé par la loi du 20 juin 1896, a été aussi conservé avec la seule modification que nous avons indiquée ; pour l'alinéa premier, il est commun aux majeurs et aux mineurs, quant au mariage.

Au contraire les deux derniers alinéas ont subi une refonte presque complète ; ils ont été remplacés par la disposition suivante :

A défaut de cette attestation, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leurs déclaration et serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus.

Cette mesure simplificatrice dispense désormais le

majeur, qui se trouve dans la double impossibilité de fournir les actes de décès de ses père et mère, et l'attestation de ses aïeuls et aïeules, de faire certifier leur déclaration par les témoins de son acte de mariage.

Cette certification accompagnée de serment par des personnes qui n'avaient pas nécessairement des rapports suivis avec les époux ou leur famille, pouvait être illusoire ou fausse. Non pas qu'il ne puisse se trouver des témoins capables de faire de bonne foi et dans les meilleures conditions de vérité, l'affirmation requise ; mais c'était trop demander que d'exiger sur la même tête le cumul de la qualité de témoin et de l'aptitude au serment requis.

Il en résultait que le cumul était une condition difficile, presque impossible, et que de faux serments étaient à craindre. Il faut donc apprécier favorablement l'innovation de l'article 155, qui simplifie une formalité légale sans lui retirer de sa valeur.

Dans le même sens il est regrettable que n'ait pas été réduit le nombre des personnes dont la déclaration concourt à l'acte de notoriété requis (art. 155. al. I) pour faire foi de l'absence des père et mère d'un majeur. Les actes de notoriété ne comportent généralement que la comparution de deux déclarants et aucun motif d'exception n'apparaît ici.

2. Si on peut donc louer la dernière disposition de l'article 155 il faut remarquer qu'elle ne s'applique qu'aux majeurs ; or, dans l'état actuel des choses, la situation

des mineurs demande une réglementation analogue.

Voici en effet le cas qui peut se présenter :

Un mineur, voulant contracter mariage, se trouve dans l'impossibilité de produire les actes de décès de ses père et mère.

Alors, trois hypothèses sont possibles :

Ou bien les aïeuls sont vivants et capable de manifester leur volonté et ils attestent conformément à l'article 155 alinéa 2. le décès des père et mère, et la justification produite est suffisante.

Ou bien ils sont décédés et l'enfant mineur a été pourvu d'un Conseil de famille qui statue sur le projet de mariage comme le dispose l'article 160.

Ou bien les aïeuls et aïeules sont vivants mais sont pour une raison quelconque, dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Là, se présente une difficulté actuellement insoluble la justification du décès des père et mère au moyen de l'acte de l'Etat civil est impossible par hypothèse. Il en est de même de la preuve subsidiaire de l'article 155 alinéa 2, puisque les ascendants sont incapables de la fournir ; et, d'une troisième part, leur existence certaine est un obstacle à la nomination d'un Conseil de famille qui puisse autoriser le mariage.

Pris au milieu de ce réseau d'impossibilités, le mineur n'a pour toute ressource que d'attendre sa majorité qui lui conférera seule le droit au mariage.

Telle est la situation actuelle.

Il serait possible sans doute d'y porter remède par une addition à l'article 160. C'est l'objet d'une proposition de loi, déposée sur le bureau du Sénat par un de ses membres, qui prévoit le cas plus général d'absence des père et mère. Elle est conçue en ces termes :

« L'article 160 du Code civil est modifié par le paragraphe suivant :

En cas d'absence des père et mère, l'impossibilité où se trouvent les divers ascendants de manifester leur volonté, sera constatée conformément aux dispositions de l'article 155 du Code civil.

Toutefois, le mariage ne pourra être célébré sans le consentement d'un conseil de famille convoqué à la diligence du Procureur de la République de l'arrondissement où réside le mineur. Ce conseil prendra acte de la déclaration faite sous serment par le mineur que le lieu du décès et celui du dernier domicile de ses divers ascendants, lui sont inconnus. »

CHAPITRE III

Opposition

Aux diverses prescriptions formulées tant au titre du « Mariage » qu'à celui des « Actes de l'état civil » le Code a prévu deux ordres de sanctions :

Le premier comprend les oppositions, sanction préventive, antérieure au mariage.

Le second concerne les nullités, sanction répressive.

Il ne rentre pas dans le cadre étroit de ce travail d'en faire une étude complète.

Bien plus, il nous faudra laisser complètement de côté la matière des nullités, à laquelle la loi de 1907 n'a rien changé.

Quant aux oppositions, nous ne tenterons pas d'exposer méthodiquement et intégralement à quelles règles elles sont soumises, tant au point de vue des motifs qui les basent et des formes qu'elles revêtent, que de leurs effets et de leur mainlevée ; l'étude en serait trop longue et sortirait des limites que nous nous sommes assignées.

Nous nous cantonnerons strictement dans l'ordre d'idées où s'est placé le législateur de 1907, c'est-à-dire dans la question de savoir à quelles personnes doit appartenir le droit d'opposition. Et, plus restrictivement encore, nous n'examinerons que la situation des ascendants sous l'ancienne, puis sous la nouvelle législation ; c'est dire que cette furtive incursion dans le domaine des oppositions se bornera à une discussion de l'article 173.

§ 1^{er}

On sait ce qu'est l'opposition.

Faute de définition au Code, on peut dire que c'est une défense légale à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration d'un mariage ; régulière en la forme et émanant de personnes compétentes, elle constitue un empêchement prohibitif dont l'effet n'est annihilé que par une mainlevée judiciaire ou volontaire. Aussi, à cause de sa gravité même, n'est-ce plus comme dans l'ancien droit une action populaire appartenant au premier venu.

La loi du 20 septembre 1792 en a restreint l'exercice ; le Code l'a réservée à certaines personnes rares et sûres. Et encore, dans un scrupule, il a réglé l'étendue de son exercice selon la confiance qu'il leur accordait.

Ces personnes qui jouissent du droit d'opposition cha

cune dans une mesure spéciale sont le conjoint (1), les ascendants (2), les frères et sœurs, oncle et tante, cousins et cousines germaines (3) ces trois dernières catégories sous condition de majorité, les tuteurs et curateurs (4) et enfin le ministère public dont le droit, omis par le Code est admis par la jurisprudence avec une étendue controversée.

Nous ne nous attarderons pas à exposer pourquoi ni comment le droit d'opposition est reconnu aux uns et aux autres ; il n'y a de nouveau dans toute la matière que la modification apportée à l'article 173. Quand son état antérieur à 1907 aura été constaté et comparé avec sa teneur actuelle, l'appréciation critique de la réforme, s'en suivra naturellement.

Ainsi donc, l'article 173 concerne exclusivement le droit à l'opposition des ascendants ; père, mère, aïeuls et aïeules ; et ce droit, il le leur reconnaît sous une forme absolue dans tous les cas, sans motifs légaux, après comme avant la majorité matrimoniale des futurs époux.

Nous verrons même que c'est la seule proposition complémentaire : « Encore qu'ils aient vingt-cinq ans accomplis », qui a été la raison d'être unique de la révision de l'article et des conséquences qu'elle entraîne.

1. Art. 172.

2. Art. 173

3. Art. 174.

4. Art. 175.

C'est elle qui, fondée sur la simple nécessité d'adaptation du texte à la législation nouvelle, a transformé (comment ? on le saura), l'article 173 de la façon la plus complète.

Cet article constitue pour les ascendants une faveur ; tandis que la loi entoure le droit d'opposition de conditions restrictivement définies quand il s'agit de collatéraux ou de tuteurs, elle donne pour ainsi dire carte blanche aux parents et aux aïeux ; elle se fie à leur affection pour l'enfant, et aussi à leur expérience, à leur sagesse qui leur fera apprécier justement l'opportunité de leur démarche.

Cela ne veut pas dire que l'opposition sera toujours valable (1) ; intenter un procès n'est pas le gagner ; or, c'est devant les tribunaux que se terminera le différend créé par l'opposition. Si elle n'a pas de juste cause, sur la demande en mainlevée introduite par le futur époux, il sera rendu un jugement mettant à néant l'opposition, et supprimant du même coup l'empêchement prohibitif qu'elle avait fait naître.

Le mariage désapprouvé par les ascendants pourra avoir lieu. Mais combien de fois, en revanche, les futurs époux hésiteront avant d'entamer une action judiciaire, de subir les longueurs de la procédure, de soulever le scandale des plaidoiries et du jugement, de risquer les aléas de l'appel.

1. *Contra* : Delvincourt, I, t. VI ch. I.

Souvent, ils renonceront purement et simplement à leur demande en mainlevée, et à leur projet d'union.

C'est *l'ultimum subsidium* que la loi a indirectement poursuivi, en permettant aux ascendants de faire opposition dans tous les cas et à toute époque.

Elle n'a tempéré cette liberté qu'en interdisant en 1896, l'opposition aux jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ; et ce n'est là qu'un bien utile, mais bien mince obstacle à leur pouvoir. On peut donc considérer l'opposition comme « une arme suprême que la loi met dans la main des ascendants parce qu'elle suppose que, même en dehors de tout motif légal, leur résistance au mariage de l'enfant est basée sur des raisons morales solides » (1).

Tel est le droit des ascendants. Comment se règle son exercice ?

L'article 173 du Code civil était ainsi conçu :

« Le père et à défaut du père, la mère et à défaut des père et mère les aïeuls et aïeules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants encore que ceux-ci aient vingt-et-un ans accomplis. »

En ce qui intéresse le droit du père, de la mère et des aïeuls et aïeules pris en bloc, tout commentaire est inutile : Le texte indique avec assez de clarté le carac-

1. Péret et Rondelet, *op. cit.*, p. 19.

tère subsidiaire et successif de leurs oppositions, caractère qui se justifie par la seule application des principes ; si le père a seul l'exercice du droit tant qu'il est « capable » de l'exercer, si la mère, dans cette hypothèse se le voit refuser, quelques bonnes raisons qu'on puisse invoquer à l'appui d'une solution contraire, c'est pour le même motif qui a fait décider, à tort ou à raison par l'article 148, qu'en cas de dissentiment sur un projet de mariage, le consentement du père suffit.

Cette raison majeure et impérative, c'est la puissance paternelle.

C'est à tel point certain que dans l'hypothèse de l'article 152 (1) où le père n'est pas déchu de cette puissance, mais est dépouillé spécialement d'un de ses attributs, le droit d'opposition subsiste à son profit et vaut comme empêchement prohibitif (2).

Sous peine d'établir un conflit entre les articles 148 et 173, il était impossible dans l'hypothèse normale de parents ni divorcés, ni séparés, de permettre à la mère d'entraver par une opposition le droit réservé au père de donner un consentement nécessaire et suffisant.

Et l'observation de ce principe est poussé si loin qu'elle aboutit à un résultat choquant :

Aux termes du même article 148 le fils mineur quant

1. ART. 152. — S'il y a dissentiment entre parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation a été prononcé et qui a la garde de l'enfant, suffira.

2. Amiens, 23 octobre 1902. 2. p. 252.

au mariage était et est encore tenu de demander le consentement de sa mère ; c'est une obligation légale pour lui, c'est un droit pour elle.

Mais ce sont une obligation et un droit sans sanction : car, au nom de la prééminence du droit paternel, il a interdit à la mère non consultée de faire constater la violation de la loi par une opposition. Elle a pour seule arme l'avis officieux qu'elle adressera à l'officier de l'état civil, avis extra-légal, information en marge du Code qui, s'il ne l'est pas en fait, peut théoriquement être méconnu.

C'est la preuve la plus complète de ce principe : le droit d'opposition de la mère est infailliblement subordonné à celui du père.

Ce principe n'est pas moins impérieux en ce qu'il règle la subordination du droit des aïeuls et des aïeules à celui de la mère.

Cette subordination se justifie par elle-même ; c'est ce qui apparaîtra encore beaucoup mieux quand on la verra supprimée par la nouvelle disposition législative que nous envisagerons au paragraphe 2.

Enfin « à défaut des père et mère, les aïeuls et aïeules peuvent former opposition ». Mais comment ? Il semble qu'une singulière fatalité pèse sur l'article 173 : à deux reprises, au moment de sa confection, puis à celui de sa modification, il a été rédigé de telle sorte que sa forme définitive n'a pas correspondu à la conception des auteurs !

Lors de sa discussion au Conseil d'Etat, le consul Lebrun fit remarquer que la formule « les aïeuls et aïeules » manquait de clarté et serait heureusement complétée dans ce sens : « les aïeuls, et à défaut des aïeuls, les aïeules peuvent... » Cette observation fut prise en considération, si bien que dans le procès-verbal du 4 vendémiaire an X, on trouve cette mention : « l'article est adopté avec cet amendement » (1). Cependant, aucune mention ne s'en retrouve dans la loi ; le texte reparaît dans sa force primitive. Pourquoi ?

Locré explique que « c'est par inadvertance que l'amendement n'a pas passé au Code ; et qu'au surplus, l'intention de ne pas appeler concurremment l'aïeul et l'aïeule a été assez manifestée ».

Nous pensons autrement. A notre avis, la correction proposée par Lebrun était au moins superflue et s'il devait y avoir à l'article 173 une certaine ambiguïté, c'est de son addition qu'elle serait résultée. A l'inverse de ce qui se produira en 1907, l'erreur de texte de 1804 est une bonne fortune pour les commentateurs : elle établit l'égalité de pouvoirs, la concurrence dans le droit d'opposition des aïeuls de l'un et l'autre sexe pour *chacune des lignes* à laquelle ils appartiennent ; la formule du Code montre jusqu'à l'évidence que, à défaut de père et de mère, s'il existe dans chacune des lignes d'ascendance du futur époux, un aïeul

1. Locré, *Législat. civ.* IV. p. 357. n° 26.

pouvant former opposition, l'exercice leur appartient concurremment et simultanément comme à des ascendants exerçant tous les droits de leur ligne. Et nous considérons la structure grammaticale de la proposition « et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules peuvent... » comme révélatrice de cette interprétation.

Toute confusion avec les droits respectifs de l'aïeul et de l'aïeule *dans chaque ménage* d'ascendants, est d'ailleurs impossible ; il est bien certain que ce cas présente un caractère d'analogie voisin de l'identité, d'une part avec celui de l'article 173 au début, d'autre part avec celui de l'article 150 (1). De même que le droit d'opposition de la mère est subordonné à celui du père ; de même que, sur une demande de consentement faite à l'aïeul et à l'aïeule de la même ligne, celui de l'aïeul suffit, il faut décider que l'avis du mari l'emporte ; et que s'il s'abstient de s'opposer au mariage, sa femme se trouve *ipso facto* dans la nécessité de faire de même (2).

Il fallait donc se féliciter, pensons-nous, de la rédaction de l'article 173 telle qu'on la trouvait au Code à cause de sa claire détermination du droit d'opposition dans sa série des ascendants :

1. ART. 150. — Si le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. — S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement.

2. V. Marcadé, *op. cit.*, I, p. 410. Journ. 173.

1° Subsidiarité du droit de la mère à celui du père.

2° Subsidiairement au droit de la mère, concurrence et simultanéité du droit des aïeuls et aïeules de lignes différentes.

Et subsidiarité du droit de l'aïeule à celui de l'aïeul dans la même ligne.

§ 2

Par une modification de forme à peine apparente, si peu apparente qu'elle a échappé avec ses conséquences à certains commentateurs (1), la loi de 1907 a bouleversé l'économie de l'article 173. Il suffit de le lire pour s'en convaincre :

ART. 173. — Le père *et à défaut du père, la mère, les aïeuls et les aïeules*, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt et un ans accomplis.

La seule suppression des mots « *et à défaut de père et de mère* » a eu cet effet de créer entre la mère d'une part et les aïeuls et aïeules de l'autre, un état de concurrence d'où résulte sur la première, au profit des derniers, un véritable droit de contrôle. Par sa rédaction actuelle, l'article 173 abolit toute subsidiarité entre l'opposition de la mère et celles des aïeuls et aïeules ; ce qu'on aurait appelé à Rome leur *conjunctio verbis* les

1. Rép. gén. du Notariat.

réunissant matériellement dans une même proposition, associe et combine leurs conditions d'exercice. En somme, cela semble de peu d'importance : il faut se persuader du contraire.

1^o Il y a là un état de choses choquant en fait, joint à une erreur juridique,

Dans l'ordre des faits, on verra se produire ceci : dans une famille, un enfant, garçon ou fille, a l'intention de contracter mariage ; le père est mort, la mère qui a assumé la charge d'élever l'enfant et a mené à bien sa tâche, consent à cette union ; mais un ascendant de la même ligne que la mère, un grand-père de l'enfant, par exemple, et qui n'a pas eu à donner son consentement puisque ce droit ne lui appartenait pas, fait opposition pour une raison quelconque ou même sans aucune raison pour entraver, et si possible empêcher la célébration du mariage. Sans doute l'hypothèse doit être rare ; il suffit qu'elle soit possible. Il nous apparaît qu'un tel état de choses est grandement vicieux ; il est inadmissible que l'aïeul qui a pu rester éloigné matériellement et moralement du futur époux pendant toute sa jeunesse, se voie octroyer, dans des circonstances aussi graves, un droit concurrent et de même étendue que celui de la mère, qui est à tous égards mieux placée que lui pour apprécier les conditions d'une union qu'elle estime devoir faire le bonheur de son enfant.

Quelle que soit une réforme législative, elle ne doit pas être en opposition avec les mœurs ; elle ne doit pas

léser le sentiment inné de ce qui est moralement convenable. Et qu'on ne vienne pas dire que l'innovation que nous combattons fait un utile équilibre à l'absence du père, « que le père n'étant plus là, la mère pourrait parfois n'avoir pas l'énergie nécessaire pour s'opposer à une union blâmable, et qu'il convenait par suite, de donner aux autres ascendants en même temps qu'à la mère, le droit d'y mettre un veto tout au moins momentané » (1).

Comment admettre que la loi tienne en pareille méfiance, au point de vue matrimonial, une personne à laquelle elle confère des pouvoirs autrement importants et dangereux : la mère possède, en l'absence du père l'administration et la jouissance légale des biens de son enfant, elle exerce sur lui le droit de puissance paternelle, elle est tutrice naturelle et légale ; elle supplée en un mot l'autorité du père, et on lui ferait subir, en conférant aux ascendants un droit d'opposition concomitant au sien, un contrôle dont l'exercice peut anéantir sa volonté ? Quel « veto », même momentané, peut-on reconnaître aux ascendants sur ses actes ? C'est le premier exemple qu'on en relève depuis le Code : car on ne peut vraiment pas lui assimiler la disposition de l'article 381 aux termes de laquelle « la mère, survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents pa-

1. Peret et Rondelet, *op. cit.*, p. 19.

ternels » : Concours n'est pas contrôle ; ce concours est apporté par des parents de l'autre ligne ; enfin la décision à prendre sur l'incarcération d'un enfant mineur revêt un autre caractère de l'abstention purement passive qui permet à un individu de se marier.

Enfin la mère est entièrement libre de donner seule son consentement au mariage de son enfant mineur, et par une singulière entorse à la logique, on permet aux aïeuls et aïeules de contrarier dans la plus grande mesure, ce consentement au moyen d'une opposition !

C'est renouveler à son égard la « tutelle perpétuelle », romaine et régresser de plus de dix-neuf siècles dans l'histoire de la législation.

2° Aux termes du nouvel article 151, il n'est plus nécessaire au majeur qui n'a plus ni père ni mère de demander conseil aux ascendants. Comment expliquer dans ces conditions que la même loi qui a supprimé à leur égard la demande de conseil et sa manifestation formelle ait ainsi augmenté, renforcé leur droit d'opposition ? La contradiction est flagrante : le but de la loi est de « simplifier l'accès du mariage », on le sait ; il est de supprimer le plus complètement possible les obstacles qui s'opposaient à la célébration des unions ; il apparaît donc comme irrationnel en démolissant d'un côté, de rebâtir de l'autre.

Sans doute, on ne manque pas de faire valoir que la contradiction n'est qu'apparente, que la nécessité du

consentement des aïeuls et aïeules était une entrave au mariage plus gênante et moins effective que ne l'est la possibilité d'une opposition (1).

Cette comparaison du plus ou du moins dans les inconvénients d'accès d'une institution fait suffisamment ressortir le caractère inconciliable, dans une même loi, de ces dispositions.

Une dernière justification est offerte par les travaux préparatoires de la loi, notamment dans le rapport à la Chambre des députés de M. Raoul Péret sur la proposition revenant du Sénat après modification.

L'honorable rapporteur fait la déclaration suivante que nous croyons devoir rappeler *in extenso*.

« Le droit d'opposition subsiste, mais légèrement modifié : lorsque le père sera décédé il appartiendra concurremment à la mère, aux aïeuls et aïeules tandis que le Code civil ne l'accorde à ceux-ci qu'à défaut des père et mère.

« L'opposition ne pouvant être maintenue qu'autant qu'elle s'appuie sur un motif qui soit de nature à former un empêchement légal au mariage, aucun abus ne résulte de cette extension, laquelle peut être considérée comme une atténuation à la disposition qui supprime l'obligation pour les futurs majeurs d'obtenir le consentement des ascendants autres que le père et la mère ; les aïeuls et les aïeules auront malgré tout un moyen de faire connaître qu'ils désapprouvent le mariage. »

1. Péret et Rondelet, *op. cit.*, p. 191.

Nous ne voyons pas la question sous le même jour ; oui, il y a déjà abus, quand bien même une mainlevée interviendrait, dans ce seul fait de la concurrence du droit de la mère et de celui des aïeuls et aïeules, nous l'avons déclaré plus haut ; et quant à être « une atténuation à la nouvelle situation des ascendants », on se demande en vertu de quelle considération cette situation demande à être atténuée.

En effet, de deux choses l'une : ou bien le majeur, puisqu'il s'agit de lui, a encore sa mère, ou bien celle-ci est décédée.

Dans le premier cas, c'est à la mère qu'il appartient de donner ou de refuser son conseil favorable sur le projet du mariage, c'est un droit qui échappe et qui a toujours échappé dans ce cas aux ascendants. Sans doute leur droit d'opposition est bien distinct de celui-là ; il leur a toujours appartenu et doit leur appartenir encore, mais n'a pas changé par l'effet de la nouvelle législation, nous ne voyons pas de compensation à accorder à un changement qui n'existe pas.

Dans le second cas, les ascendants sont effectivement privés par la loi de 1907 du droit d'être consultés sur un projet de mariage, droit qui, en l'absence de père et de mère, leur appartenait selon le Code.

Mais alors, la mère absente, pourquoi établir une concomitance entre son droit d'opposition qu'elle ne peut exercer et celui des ascendants : la mère absente, c'est à eux qu'il a toujours appartenu de faire opposition

et la nouvelle disposition ne leur donne rien de plus ; ils ont strictement le même pouvoir qu'auparavant, et nous n'apercevons nullement « l'atténuation » qu'apporte à leur situation l'article 173. Il faut donc renoncer à justifier la nouvelle disposition de cet article.

L'expliquer est plus facile et on peut le faire par ce qu'on pourrait appeler « l'histoire » du nouvel article 173.

Dans tous les rapports et délibérations qui eurent lieu tant à la Chambre qu'au Sénat, jusqu'à la séance de la Haute Assemblée du 5 mars 1907, il n'est pas question de modifier l'article 173. Cela se comprend : il n'y rentre aucune réforme importante ; la proposition a comporté 16 puis 17 articles. Elle a été votée à la Chambre. Elle a fait l'objet d'un premier rapport au Sénat de M. Catalogne ; les articles en ont été discutés en première délibération les 30 janvier et 8 février 1907, et plusieurs ont été modifiés. Enfin, le 5 mars M. Catalogne, rapporteur, fait au nom de la Commission un rapport supplémentaire. Ce rapport comprend, rectifiés et modifiés les articles précédemment étudiés. Il comprend aussi d'autres articles qu'il a semblé nécessaire de retoucher pour les mettre en harmonie avec le nouvel état législatif.

Parmi eux se trouve l'article 173 ; il a semblé utile de remplacer les mots « encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis » par « encore que ceux-ci aient vingt et un ans accomplis ».

Il paraît donc dans le rapport avec cette modification.

Notons en passant qu'il y aurait eu grand avantage à remplacer cette périphrase par le mot « majeurs » puisque l'âge de vingt et un ans constitue maintenant celui de la majorité ordinaire.

Quoi qu'il en soit, c'est ici que se place un incident très banal en soi, généralement sans importance, mais qui devait être générateur de l'état de choses que nous avons exposé. Le prote, chargé d'imprimer le deuxième rapport de M. Catologne, commit ce qui s'appelle en termes de métier une « dittographie » ; c'est-à-dire que, voyant à une ligne d'intervalle le mot « mère » répété deux fois, en fin de deux propositions identiques, (le père — et à défaut du père, la mère — et à défaut de père et mère — les aïeuls et aïeules...), il est passé du premier mot « mère » aux mots « les aïeuls et aïeules », en omettant un membre de phrase et l'article se trouva ainsi construit :

« Le père, et à défaut du père, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt et un ans accomplis. »

Ainsi construit, l'article 173 fut soumis au vote du Sénat qui, chose curieuse, ne soupçonna pas sa transformation. La meilleure preuve en est son adoption sans observation à la séance du 7 mai 1907.

C'est seulement dans son rapport à la Chambre que

l'honorable M. Péret releva la grave modification dont il allait avoir à rendre compte.

Deux partis se présentaient :

Demander une nouvelle délibération au Sénat, après avoir fait restituer par la Chambre à l'article sa première teneur ?

C'était éterniser la discussion de cette loi, déjà bien longue à voter.

Passer l'erreur sous silence en attendant une revision possible, et d'ailleurs souhaitable ?

Cela sembla difficile, et on se décida à tenter de la justifier comme nous l'avons vu. Malgré le talent avec lequel son honorable auteur l'a défendue, il ne nous semble pas, nous l'avons dit, que son opinion puisse être admise.

CONCLUSION

Voilà terminé l'examen des dispositions de la loi du 21 juin 1907.

Nous avons omis volontairement deux d'entre elles :

L'une concernant le mariage des Français à l'étranger, parce qu'elle n'a apporté aucune modification à la législation antérieure, et l'autre énumérant les colonies auxquelles la loi sera applicable, parce qu'elle n'intéresse pas les conditions civiles du mariage.

Quant aux autres, nous les avons étudiées successivement en les groupant d'après deux grandes divisions établies au début de ce travail.

Nous avons essayé d'en faire la critique et à maintes reprises, nous en avons noté les imperfections. Y revenir serait tomber dans des redites. Aussi nous bornons-nous à évoquer l'impression d'ensemble que peut produire cette manifestation législative. Ce n'est d'ailleurs qu'une impression, tout jugement étant encore prématuré avant la leçon des faits.

La loi de 1907 a été dans son principe une loi de circonstances, et, par là, nous entendons une loi que ren-

dait urgente l'état de choses existant au moment où l'initiative fut prise.

L'institution du mariage est menacée, il ne faut pas se le dissimuler ; si le nombre des mariages est en légère hausse, le nombre des divorces croît dans une proportion beaucoup plus forte, de telle sorte qu'en somme, le nombre des gens mariés diminue ; littérateurs et juristes, poursuivent plus ou moins ouvertement une réforme du mariage qui pourrait bien être sa ruine.

En définitive, on constate un grand courant qui porte à l'union libre : le législateur de 1907 a voulu l'endiguer, tout au moins temporairement en rajeunissant l'institution dont la réglementation date d'un siècle et que des retouches antérieures n'avaient pas assez modernisée ; mais son œuvre se ressent du moment où elle est née, moment de crise où les partisans de la tradition luttent avec ceux des idées nouvelles, tandis que la conciliation est tentée par un troisième parti, pour qui la meilleure solution se trouve dans des concessions réciproques. De tout cela résulte un peu d'indécision dans l'effort, et une certaine incoordination dans son résultat. L'étude que nous en avons faite a pu rendre sensibles ces imperfections.

Ainsi un esprit conservateur a fait respecter certains vestiges de l'ancienne loi, légitimes à leur origine, aujourd'hui désuets dont la disparition s'imposait : telle l'amende proportionnelle à la fortune du délinquant, prescrite à l'article 192, et l'inclusion de deux dimanches dans le délai subséquent de la publication (art. 64).

A côté de ce souci de prudence, certaines innovations hardies ont été tentées sans qu'aucun tempérament réussit à modérer leur éventuelle témérité : ainsi de l'abaissement de la majorité matrimoniale à vingt et un ans pour les deux sexes (art. 148) et de la suppression du conseil des aïeuls au mariage des majeurs (art. 151).

D'autre part certains progrès ont été faits indéniablement, mais avec une timidité évidente : c'est par exemple l'intervention judiciaire dans les questions de consentement familial, mais réduite au cas de parents divorcés ou séparés de corps (art. 152). Et la simplification des publications, mais sans modification apportée à leur pratique inefficace.

Enfin de certaines inadvertances de rédaction résultent des conséquences aussi regrettables qu'imprévues et auxquelles il est urgent de porter remède ; de ce nombre sont : la concurrence du droit d'opposition de la mère et des aïeuls et aïeules (art. 173), l'impossibilité d'étendre la dispense de publication à celle de la résidence (art. 165) ; la complication et les frais du consentement au mariage de l'enfant naturel par le tribunal d'arrondissement.

Cet aspect hétéroclite de la loi du 21 juin 1907 la prive d'une portée définitive ; soit que la réserve sur certains points présage des réformes plus radicales, corrélatives à la marche des idées, soit que sur certains autres, son imperfection attende une revision, il est certain qu'elle n'est qu'un échelon provisoire dans la

transformation du droit matrimonial ; de l'évolution des mœurs dépendra sa durée ; le mérite qu'on peut lui reconnaître est en corrélation avec les défauts qu'on lui reproche : loi d'attente, elle convient à une période de transition ; dans quelque voie que s'engage le progrès juridique, elle en aura toujours constitué une étape nécessaire.

ANNEXE I

Loi modifiant plusieurs dispositions légales relatives au mariage

Journal officiel du 25 juin 1907 (page 4397).

ARTICLE PREMIER. — L'article 63 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions; domicile et résidence des futurs époux, leur qualité de majeur ou de mineur, et les prénoms, noms, professions et domicile de leur père et mère. Elle énoncera, en outre, les jour, lieu et heure où elle a été faite. Elle sera transcrite sur un seul registre coté et paraphé comme il est dit à l'article 41 du Code civil et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement. »

ART. 2. — L'article 64 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« L'affiche prévue en l'article précédent restera apposée

à la porte de la maison commune pendant dix jours, lesquels devront comprendre deux dimanches. Le mariage ne pourra être célébré avant le dixième jour depuis et non compris celui de la publication. »

ART. 3. — L'article 65 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai de la publication, il ne pourra plus être célébré qu'après une nouvelle publication faite dans la forme ci-dessus ».

ART. 4. — L'article 74 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi ».

ART. 5. — L'article 76 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« On énoncera dans l'acte de mariage :

« 1^o Les prénoms, noms, professions, âges, lieux de naissance et domiciles des époux ;

« 2^o S'ils sont majeurs ou mineurs ;

« 3^o Les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères ;

« 4^o Le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui du conseil de famille, dans les cas où ils sont requis ;

« 5^o La notification prescrite par l'article 151, s'il en a été fait ;

« 6° Les dispositions, s'ils y en a eu ; leur mainlevée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition.

« 7° La déclaration des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public ;

« 8° Les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des témoins et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré ;

« 9° La déclaration faite sur l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possible, la date du contrat, s'il existe, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu, le tout à peine contre l'officier de l'état civil de l'amende fixée par l'article 50.

« Dans le cas où la déclaration aurait été omise ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procureur de la République, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'article 99.

« Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux ».

ART. 6. — L'article 148 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Le fils et la fille qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

ART. 7. — L'article 151 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Les enfants ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus et jusqu'à l'âge de trente ans révolus, sont tenus de justifier du consentement de leurs père et mère.

« A défaut de ce consentement, l'intéressé fera notifier, dans les formes prévues en l'article 154, l'union projetée à ses père et mère ou à celui des deux dont le consentement n'est pas obtenu.

« Trente jours francs écoulés après justification de cette notification, il sera passé outre à la célébration du mariage ».

ART. 8. — L'article 152 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui a la garde de l'enfant suffira.

« Faute de réunir ces deux conditions, celui des père et mère qui consentira au mariage pourra citer l'autre devant le tribunal de 1^{re} instance siégeant en chambre du conseil ; le tribunal compétent sera celui du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant ; il statuera en audience publique et en dernier ressort. »

ART. 9. — L'article 154 du Code civil est remplacé par le suivant :

« La notification prescrite par l'article 151 sera faite à la requête de l'intéressé par un notaire instrumentant sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoins.

« Cet acte, visé pour timbre et enregistré gratis, énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidence de

futurs époux, de leurs pères et mères, ainsi que le lieu où sera célébré le mariage.

« Il contiendra aussi déclaration que cette notification leur est faite en vue d'obtenir leur consentement et qu'à défaut il sera passé outre à la célébration du mariage à l'expiration du délai de trente jours francs. »

ART. 10. — L'article 155 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« En cas d'absence des père et mère auxquels eût dû être faite la notification prévue à l'article 151, il sera passé outre à la célébration du mariage en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où les père et mère ont eu leur dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix.

« Il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des pères et mères des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules, pour la branche à laquelle ils appartiennent, attestent ce décès ; et, dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation sur l'acte de mariage.

« A défaut de cette attestation, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leurs déclaration et serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. »

ART. 11. — L'article 156 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils ou filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls et aïeules et celui du conseil de famille, dans le cas où il est requis, soit énoncé dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées ou du procureur de la République près le tribunal civil de première instance de l'arrondissement où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée en l'article 192 du Code civil. »

ART. 12. — L'article 157 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« L'officier de l'état civil qui n'aura pas exigé la justification de la notification prescrite par l'article 151 sera condamné à l'amende prévue en l'article précédent. »

ART. 13. — L'article 158 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Les dispositions contenues aux articles 148 et 149 et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155 sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus ».

ART. 14. — L'article 159 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« L'enfant naturel qui n'a point été reconnu et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement du conseil de famille. »

ART. 15. — L'article 165 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article 63, et, en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 169 ci-après. »

ART. 16. — L'article 166 du Code civil est remplacé par le suivant :

« La publication ordonnée par l'article 63 sera faite à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile ou sa résidence. »

ART. 17. — L'article 167 de Code civil est remplacé par le suivant :

« Si le domicile actuel ou la résidence actuelle n'ont pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite en outre au lieu du dernier domicile, et, à défaut du domicile, au lieu de la dernière résidence, si cette résidence n'a pas une durée continue de six mois, la publication sera faite également au lieu de la naissance. »

ART. 18. — L'article 168 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, la publication sera encore faite à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent. »

ART. 19. — Le paragraphe premier de l'article 170 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Le mariage contracté en pays étrangers entre Français et entre Français et étrangers sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre des « Actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues aux chapitres précédents. »

ART. 20. — L'article 173 du Code civil est modifié de la manière suivante :

Le père, et à défaut du père, la mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants encore que ceux-ci aient vingt et un ans accomplis.

ART. 21. — L'article 192 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Si le mariage n'a pas été précédé de la publication requise ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi ou si les intervalles prescrits entre les publications et célébrations n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder trois cents francs (300 fr.) et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune ».

ART. 22. — L'article 169 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Le procureur de la République, dans l'arrondissement duquel sera célébré le mariage, peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai ».

ART. 23. — La présente loi est applicable à l'Algérie, ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

Fait à Paris, le 21 juin 1907.

ANNEXE II

Réquisition de notification de projet de mariage.

L'an le

Par devant M^e , notaire à soussigné :

A comparu :

M^{lle} (prénoms, nom, profession, domicile et résidence quand elle est distincte du domicile.)

Majeure de plus de vingt et un ans, étant née à
le du mariage de M. et M^{me} ci-après nom-
més, ainsi qu'il résulte de son acte de naissance inscrit à la
mairie de ladite commune le et dont une expédition,
délivrée le par le greffier du tribunal civil de
a été représentée au notaire soussigné. et par lui à l'instant
rendue.

Laquelle a, par ces présentes, requis M^e notaire
soussigné de se transporter incessamment à rue
n° au domicile de M. (prénoms, nom, profes-
sion) et M^{me} (nom et prénoms) son épouse, père et mère de la
comparante.

De leur notifier l'union projetée de M^{lle} compa-
rante, avec M. (prénoms, noms, professions et do-

micile) fils de M. (prénoms, noms et professions.)
et M^{me} (noms et prénoms) demeurant ensemble
à .

Et de leur déclarer que cette notification leur est faite en
vue d'obtenir leur consentement à cette union et qu'à défaut
il sera passé outre à la célébration du mariage, à la mairie
de , à l'expiration du délai de trente jours francs à
partir de cette notification.

Le tout conformément aux articles 141 et 154 du Code ci-
vil.

Dont acte

Fait et passé à en l'étude de M^e notaire
soussigné.

Les jours, mois et au susdits.

.Et, lecture faite, M^{lle} a signé avec le notaire.

ANNEXE III

Notification de projet de mariage

Et le

En conséquence de la réquisition contenue en l'acte dont
la minute précède.

M^e notaire à soussigné.

S'est transporté à rue n^o au domi-
cile de M. et M^{me} ou étant arrivé vers heures
du matin (ou du soir).

Il a notifié à M. et M^{me} parlant à l'union

que M^{lle} leur fille susnommée, se propose de contracter avec M. (prénoms, noms, profession et domicile) et M^{me} (nom et prénoms) demeurant ensemble à

Et déclare auxdits M. et M^{me} que cette notification leur est faite à la requête de M^{lle} en vue d'obtenir leur consentement à son union avec M. et qu'à défaut, il sera passé outre à la célébration du mariage à la mairie de à l'expiration du délai de trente jours francs.

Le tout conformément aux articles 151 et 154 du Code civil.

Et à l'instant ledit M^e a laissé à chacun de M. et M^{me} séparément, une copie tant de la présente notification que de la réquisition qui précède.

De tout ce que dessus le notaire soussigné a dressé le présent procès-verbal clos à heures du .

Les jour, mois et au susdits, en la demeure susindiquée de M. et M^{me} .

(Signature du notaire.)

ANNEXE IV

Instruction de la Régie du 5 novembre 1907, n° 3225.

Une loi du 21 juin 1907, promulguée au *Journal officiel* le 25 du même mois, a modifié plusieurs dispositions légales relatives au mariage et notamment les articles 151 et 154 du Code civil. — Aux termes du nouvel article 151 (art. 7 de la

nouvelle loi) « les enfants ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus sont tenus de justifier du consentement de leurs père et mère. A défaut de ce consentement l'intéressé fera notifier dans les formes prévues en l'article 154 l'union projetée à ses père et mère ou à celui des deux dont le consentement n'est pas obtenu. Trente jours francs écoulés après justification de cette notification, il sera passé outre à la célébration du mariage. » — La notification prescrite par l'article 151, dispose l'article 154 nouveau du Code civil (art. 9 de la loi) sera faite *à la requête de l'intéressé* par un notaire instrumentant sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoin. Cet acte, *visé pour timbre et enregistré gratis*, énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, de leurs père et mère, ainsi que le lieu où sera célébré le mariage... D'après les termes précis et formels de cet article, la notification implique nécessairement une réquisition préalable qui doit faire l'objet d'un acte écrit, rejetée de toutes les formes légales propres à faire foi en justice en cas de contestation. — La gratuité du timbre et, de l'enregistrement édictée par l'article 9 profite à tous les actes nécessaires à l'accomplissement de la nouvelle formalité. Elle s'applique dès lors, *aussi bien à la réquisition qu'à la notification*, alors même que ces formalités seraient constatées par deux actes séparés dressés par des notaires différents. — D'autre part, *les expéditions* de ces actes, destinées à être remises, soit aux parents, soit à l'Officier de l'Etat civil *profitent de l'exemption* du timbre au même titre que les minutes. — Mais la disposition fiscale

de l'article 9 est évidemment de droit étroit, et par suite on ne saurait en étendre le bénéfice à d'autres actes que ceux qui s'y trouvent mentionnés, c'est-à-dire à la réquisition et à la notification. Il s'ensuit que *l'immunité d'impôt ne doit pas être appliquée* notamment aux actes qui seraient dressés pour *constater le dissentiment* des parents dans les cas spécifiés par les articles 148 nouveau (art. 6 de la loi) 150 et 152 nouveau (art. 8 de la loi) du Code civil, *pas plus d'ailleurs qu'aux actes de procédure* et au jugement dans l'instance prévue au deuxième alinéa de ce dernier article. »

« Formulaire général du notariat », 15 déc. 1907.

(Defrénois, t. XVIII, 27^e année, n^o 23).

Vu : le Président de la thèse,

AMBROISE COLIN

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- BAUDRY-LACANTINERIE. — Des personnes.
- BERNARD (Frank). — Consentement des parents au mariage,
Thèse, Paris, 1899.
- BRESSOLLES. — Les mariages *in extremis*. Recueil législ.
Toulouse, 1905.
- BLANC DU COLLET. — Commentaire de la loi du 20 juin 1896.
- CRUPPI (Jean) et BRICOUT. — Commentaire de la loi du 12
juillet 1905 sur la compétence des juges de paix.
- CADET. — Le mariage en France.
- COLFAVRU. — Du mariage. Introduction.
- DEGON. — Consentement de la famille au mariage. Thèse,
Paris, 1899.
- DUCHESNE (J.-B.). — Du mariage. Paris, 1845.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon.
- DESMET. — Consentement des parents au mariage.
Thèse, Lille, 1892
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Code Civil.
- D'AGUESSEAU. — Neuvième plaidoyer.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale.
- DOCUMENTS PARLEMENTAIRES. — Sénat et Chambre des
députés, 1906-1907.
- DELVINCOURT. — Code civil.
- DURANTON. — *Id.*
- DUMONT. — Etude sur le consentement des parents à ma-
riage. Thèse, Paris, 1903.

- ESMEIN. — Le mariage en droit canonique, t. I et II.
- FORTIN (Henri). — De la célébration du mariage. Th.
Paris, 1898.
- GIDE. — Etude sur la condition privée de la femme. Paris,
1883.
- GRANDJEAN et GLARD. — Commentaire de la loi du 20 juin 1896.
- GRIVAZ. — La loi du 20 juin 1896. Revue politique et
parlementaire. Année 1896.
- GIRAUD-TEULON. — Origines du mariage et de la famille.
- KANT. — Eléments métaphysiques de la doctrine du droit.
- LEGOUVÉ. — Histoire morale des femmes.
- LEROY-BEAULIEU (Paul). — L'économiste français. Années
1906 et 1907.
- LAURENT. — Code civil.
- LOCRÉ.
- MICHEL (Georges). — Economiste français. 5 avril 1890.
- MONTESQUIEU. — Esprit des Lois. L. 23.
- MARCADÉ. — Explication du Code civil, t. I.
- MERLIN. — Rép. et Questions de droit.
- MALEVILLE. — Code civil.
- NOURRISSON (Paul). — Etude critique sur la puissance pater-
nelle.
- POTHIER. — Contrat de mariage. Edition Bugnet.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil.
- RAOUL PÉRET et RONDELET. — La Réforme du mariage. Paris
1604.
- Répertoire général du Notariat, t. XXVII, n° 23.
- ROSSI. — Cours d'économie politique, 3^e édit.
- ROTH. — Traité de droit naturel.
- SIREY. — Jurisprudence générale.
- VANTROYS (abbé). — Consentement des parents au mariage.
Thèse Paris. 1889.
- VALETTE. — Explication du Code civil.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

SECTION I

Conditions extrinsèques

CHAPITRE I. — Des publications.....	11
§ 1. — Historique.....	11
§ 2. — La loi de 1907.....	19
§ 3. — Aperçu critique.....	70
CHAPITRE II. — Du domicile matrimonial.....	80
§ 1. — Historique.....	80
§ 2. — La loi de 1907.....	100

SECTION II

Conditions intrinsèques

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — De l'autorité de protection.	105
CHAPITRE I. — Minorité matrimoniale.....	149
CHAPITRE II. — Majorité matrimoniale.....	224
CHAPITRE III. — Oppositions.....	276
CONCLUSION	294
ANNEXES.....	298
BIBLIOGRAPHIE.....	311

